Bernd Thiemann

# DIE ENTWICKLUNG DER EIGENTUMSANWARTSCHAFT BEIM VORBEHALTSKAUF IN DER NEUEREN DEUTSCHEN PRIVATRECHTSGESCHICHTE

1973

~~1974~~

Diss Münster

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK LEIDEN
02890650

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547204_0031

# Die Entwicklung der Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte

Inauguraldissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Bernd Thiemann
aus Münster

~~1974~~

1973

| | |
|---|---|
| Erster Berichterstatter: | Professor Dr. Kiefner |
| Zweiter Berichterstatter: | Professor Dr. Bernert |
| Dekan: | Professor Dr. Kollhosser |
| Tag der mündlichen Prüfung: | 20.12.1973 |

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Meiner Frau

Inhaltsverzeichnis


| | | Seite |
|---|---|---|
| § 1 | Gang und Inhalt der Untersuchung | 25 |
| Erster Teil: | Die Entwicklung des Eigentumsvorbehaltskaufs bis zum Erlaß des BGB | 29 |
| § 2 | Das pactum reservati dominii als Vorläufer des modernen Eigentumsvorbehaltskaufs | 29 |
| | I. Die wirtschaftliche und rechtliche Situation bis zur Rezeption | 31 |
| | II. Die Entstehung des pactum reservati dominii | 38 |
| | III. Die Beseitigung des pactum reservati dominii bei Grundstückskaufverträgen durch die partikularrechtliche Hypothekengesetzgebung | 48 |
| § 3 | Die Ausformung des Eigentumsvorbehalts beim Kauf beweglicher Sachen im 19. Jahrhundert | 51 |
| § 4 | Exkurs: Der "Möbelleihvertrag" als partikularrechtliches Gegenstück zum pactum reservati dominii | 59 |
| § 5 | Die rechtliche Behandlung des Eigentumsvorbehaltskaufs im 19. Jahrhundert | 62 |
| | I. Die Theorie des Pfandrechtsvorbehalts | 64 |
| | II. Die Theorie des Resolutivvertrages | 68 |
| | III. Die Theorie des Suspensivvertrages | 74 |
| Zweiter Teil: | Die Grundlagen für die Entwicklung des Anwartschaftsrechts in der gemeinrechtlichen Bedingungslehre | 77 |
| § 6 | Anwartschaften beim bedingten Rechtsgeschäft im römischen Recht | 77 |
| § 7 | Der Stand der gemeinrechtlichen Bedingungslehre in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts | 81 |
| § 8 | Die Entwicklung der Anwartschaft in der gemeinrechtlichen Bedingungslehre während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts | 85 |

Seite

I. Windscheid 86

II. Fitting 88

III. Ihering 90

IV. Die Verschmelzung der gewonnenen Ansatzpunkte 93

Dritter Teil: Eigentumsvorbehalt und Eigentumsanwartschaft in der Entstehungsgeschichte des BGB 97

§ 9 Die Regelung des Eigentumsvorbehaltskaufs 97

§ 10 Bedingung und Anwartschaft 104

Vierter Teil: Die Verfestigung des Rechtsinhalts der Käuferanwartschaft auf dem Boden des BGB 109

§ 11 Die wirtschaftlichen Grundlagen für die Ausbildung der Käuferanwartschaft 109

§ 12 Die rechtliche Verselbständigung des Vorbehaltskäuferrechts durch die moderne Anwartschaftsrechtslehre 115

I. Die Verbindung der Ergebnisse der Bedingungslehre mit der Lehre zur sukzessiven Tatbestandserfüllung 115

II. Der Teilungsgedanke als Mittel zur dogmatischen Erfassung des Anwartschaftsrechts 118

§ 13 Die Ergebnisse der Rechtsfortbildung in der neueren Rechtspraxis 123

I. Die Vorbehaltskäuferstellung als Objekt des Rechtsverkehrs 124

II. Die Vorbehaltskäuferstellung als Vollstreckungsobjekt 128

III. Die Behandlung der Vorbehaltskäuferstellung im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers 132

§ 14 Reformversuche 133

§ 15 Zusammenfassung und Ergebnis 138

Literaturverzeichnis


| | |
|---|---|
| Arndts | Lehrbuch der Pandekten.<br>7. Aufl., Stuttgart 1872 |
| Bähr | Besprechung von Leist,<br>Die Sicherung von Forderungen<br>durch Übereignung von Mobilien.<br>Krit VJ Schr. Bd. 32 (1890), S. 367 |
| Bauknecht | Die Pfändung des Anwartschaftsrechts<br>aus bedingter Übereignung.<br>NJW 1954, S. 1749 |
| Baur | Lehrbuch des Sachenrechts.<br>6. Aufl.<br>München 1970 |
| Bechtel | Wirtschaftsstil des deutschen<br>Spätmittelalters.<br>München und Leipzig 1930 |
| Becker | Zur Frage der Verwertbarkeit<br>unter Eigentumsvorbehalt gekaufter<br>Gegenstände als Grundlage für<br>neuen Kredit.<br>JW 1934, S. 678 |
| Bechmann | Der Kauf nach gemeinem Recht.<br>3 Bände, Neudruck der Ausgabe<br>Erlangen 1876 - 1884 und<br>Leipzig 1905 - 1908. |
| Bekker | System des Pandektenrechts.<br>Band 2,<br>Weimar 1889 |
| Bekker - Fischer | Beiträge zur Erläuterung des Entwurfs<br>eines Bürgerlichen Gesetzbuches für<br>das Deutsche Reich.<br>Heft 1 - 18,<br>Berlin und Leipzig 1888 - 1890 |
| Bendix | Wie sind Leihmöbel pfändbar?<br>KGBL 1906, S. 69 |
| Beseler | System des gemeinen deutschen Privat-<br>rechts.<br>2 Bände,<br>4. Aufl., Berlin 1885 |
| Bing | Vollstreckung in dem Schuldner nicht<br>gehörige Sachen.<br>Recht 1907, S. 1247 |

| | |
|---|---|
| Blomeyer | Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb.<br>AcP 153 (1954), S. 239 |
| | Studien zur Bedingungslehre.<br>Berlin und Leipzig 1939<br>(zit. Blomeyer Studien) |
| Blume | System des in Deutschland geltenden Privatrechts.<br>Bonn 1850 |
| Bornemann | Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts.<br>5 Bände,<br>2. Aufl. Berlin 1842 - 1845 |
| Braun | Das dingliche Anwartschaftsrecht beim Eigentumsvorbehaltskauf.<br>NJW 1962, S. 382 |
| Brecht | Bedingung und Anwartschaft.<br>IherJb Bd. 61 (1912), S. 263 |
| Brinz | Lehrbuch der Pandekten.<br>Bd. 1 - 4, 2. Aufl.,<br>Erlangen 1873 - 1892 |
| v. Brünneck | Über den sogenannten Möbelleihvertrag.<br>Gruchot Bd. 10 (1866), S. 339 |
| Bumke | Das pactum reservati dominii.<br>Diss. Wiesbaden 1898 |
| Carpzow | Responsa iuris electrolia.<br>Leipzig 1670 |
| | Definitionum forensium synopsis.<br>Leipzig und Frankfurt 1714<br>(zit. Carpzow Def. for.) |
| Cohen | Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Abzahlungsgeschäfts.<br>Leipzig 1891 |
| | Die geschichtliche Entwicklung des Eigentumsvorbehalts.<br>GrünhutsZ Bd. 21 (1894), S. 599 |
| | Die Verbreitung des Abzahlungsgeschäfts im Maschinenhandel.<br>Schmollers Jb. Bd. 15 (1891),<br>S. 609 |

Conrad — Deutsche Rechtsgeschichte.
2 Bände,
2. Aufl., Karlsruhe 1962 - 1966

Cosack — Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.
1. Band, 2. Aufl.,
Jena 1899

Crisolli — Das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16.Mai 1894.
4. Aufl. von Hoffmann-Wilke,
Berlin und Leipzig 1950

Jrome — System des Deutschen Bürgerlichen Rechts.
1. Band,
Tübingen und Leipzig 1900

Curtius — Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts.
4. Teil, 2. Aufl.,
Leipzig 1831

Dernburg — Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches.
Bd. 1,
Halle 1902
(zit. Dernburg BGB)

Pandekten, Bd. 1, 5. Aufl.,
Berlin 1896
(zit. Dernburg Pandekten)

Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts.
2 Bände,
Leipzig 1860 - 1864
(zit. Dernburg Pfandrecht)

Das Preußische Hypothekenrecht.
Bd. 1,
Leipzig 1877
(zit. Dernburg Hypothekenrecht)

Lehrbuch des Preußischen Privatrechts.
3 Bände, 2. Aufl.,
Halle a.S. 1879 - 1880
(zit. Dernburg Privatrecht)

Duncker — Das pactum reservati dominii.
Rheinisches Museum für Jurisprudenz
Bd.5 (1833), S. 65 und S. 160

| | |
|---|---|
| Eisele | Das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensivbedingung. AcP Bd. 5o (1867), S. 253 |
| Emmerich | Pfandrechtskonkurrenzen. Berlin 19o9 |
| Endemann | Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Band, 5. Aufl., Berlin 1899 2. Band, 8. - 9. Aufl., Berlin 19o5 |
| Enneccerus | Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1889 |
| Esser | Schuldrecht Bd. II, Besonderer Teil. 4. Aufl., Karlsruhe 1971 |
| Exner | Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition. Wien 1867. |
| Fitting | Über den Begriff der Bedingung. AcP Bd. 39 (1856), S. 3o5 |
| | Über den Begriff der Rückziehung. Erlangen 1856 |
| | Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht. ZHR Bd. 2 (1859), S. 2o3 |
| Flume | Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 2. Band, Das Rechtsgeschäft, Berlin, Heidelberg, New York 1965 (zit. Flume Rechtsgeschäft) |
| | Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers. AcP Bd. 161 (1962), S. 385 |
| Forkel | Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht. Berlin 1962 |
| Förster | Preußisches Privatrecht, bearbeitet von M.E. Eccius. 4 Bände, 7. Aufl., Berlin 1896 - 1897 |

| | |
|---|---|
| Fromherz | Zwangsvollstreckung beim Möbelleihvertrag.<br>ZZP Bd. 38 (1909), S. 49 ff. |
| Gengler | Das Deutsche Privatrecht.<br>4. Aufl.,<br>Erlangen und Leipzig 1892 |
| Gensler | Kurze Bemerkungen über das vertragsmäßig vorbehaltene Eigentum an der verkauften und tradierten Sache<br>AcP Bd. 2 (1819), S. 291 |
| Georgiades | Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf.<br>Tübingen 1963 |
| Gerber | System des Deutschen Privatrechts.<br>15. Aufl.,<br>Jena 1886 |
| Geyso | Über das pactum reservati dominii.<br>Lindes Z, Bd. 5 (1832), S. 161 |
| Gierke | Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht.<br>Leipzig 1889<br>(zit. Gierke Entwurf) |
| | Deutsches Privatrecht.<br>2 Bände,<br>Leipzig 1895 - 1905 |
| Girard | Geschichte und System des römischen Rechts.<br>Übersetzt und mit Zusätzen versehen von Robert von Mayr,<br>2 Bände,<br>Berlin 1908 |
| Glück | Ausführliche Erläuterungen der Pandekten.<br>Band 16, Erlangen 1814<br>Band 19, Erlangen 1817 |
| Gmelin | Die Ordnung der Gläubiger bei dem über ihres Schuldners entstandenen Gantprocesse.<br>4. Aufl.,<br>Ulm 1793 |

| | |
|---|---|
| Gmür | Savigny und die Entwicklung der Rechtswissenschaft. Münster 1962 |
| Gönner | Kommentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Baiern. 1. Bd., München 1823 |
| Goldmann-Lilienthal | Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 1901 |
| Goldschmidt, Levi | Handbuch des Handelsrechts. 1. Band, 2. Abteilung, Erlangen 1868 |
| Goldschmidt, Ludwig | Kritische Erörterungen zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Leipzig 1889 |
| Gruchot | Glossen zum Allgemeinen Landrecht. ALR Th. I Tit. 11. Von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums, welche sich in Verträgen unter Lebendigen gründen. Gruchot Bd. 1o (1866), S. 268 |
| Grund | Sicherungsübereignung von Abzahlungsgegenständen. JW 1933, S. 2631 |
| Hausmann | Die Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung. Berlin 1891 |
| Hedemann | Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert. 1. Teil, Berlin 191o |
| Heitmann | Das Anwartschaftsrecht des Käufers unter Eigentumsvorbehalt in der Rechtsfortbildung. Diss. Freiburg 1953 |
| Henke | Bedingte Übertragungen im Rechtsverkehr und Rechtsstreit. Berlin, Köln 1959 |

Hert — Ioannis Nicolai Hertii commentationum atque opusculorum volumen secundum, herausgegeben von Johann Jacob Hombrech Frankfurt a.M., 1737

Heusler — Institutionen des deutschen Privatrechts. 2 Bände, Leipzig 1885

Höffner — Wirtschaftsethik und Monopole im fünfzehnten und sechzehnten Jahrhundert. Jena 1941

Hölder — Zum allgemeinen Teil des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. AcP Bd. 73 (1888), S. 1

Hörter — Der finanzierte Abzahlungskauf. Bd. Homburg, Berlin, Zürich 1969

Hofmann — Noch einige Bemerkungen über die Natur und die Wirkungen des Eigentumsvorbehalts beim Verkaufe. AcP Bd. 18 (1835), S. 254

Holtz — Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung als Kreditsicherungsmittel. Diss. Kiel 1932

Hopp — Eigentumsvorbehalt und Eigentumsanwartschaftsrecht. Berlin 1938

Horn — Die Pfändung sogenannter "Leihmöbel". KGBl. 1904, S. 61

Hübner — Grundzüge des deutschen Privatrechts. 4. Aufl., Leipzig und Erlangen 1922

Ihering — Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Bd. 2, 1. Abt., 5. Aufl., Leipzig 1894 Bd. 3, 1. Abt., 5. Aufl., Leipzig 1906 (zit. Ihering Geist)

| | |
|---|---|
| Ihering | Passive Wirkungen der Rechte.<br>IherJb Bd. 10 (1871), S. 387 ff. |
| Immerwahr | Die Pfändung der eigenen Sache im Falle des Möbelleihkontrakts.<br>DJZ 1905, S. 597 |
| Inama-Sternegg | Deutsche Wirtschaftsgeschichte in den letzten Jahrhunderten des Mittelalters.<br>3 Bände,<br>Leipzig 1901 |
| Jaeger | Konkursordnung.<br>8. Aufl.,<br>Berlin 1958 |
| Kaser | Das römische Privatrecht.<br>Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, München 1955<br>Zweiter Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen,<br>München 1959 |
| Kaufmann | Zwangsvollstreckung in Leihmöbel.<br>Sächs. Arch. Bd. 4 (1909), S. 326 |
| Keller | Pandekten.<br>Aus dem Nachlasse des Verfassers herausgegeben von Emil Friedberg,<br>Leipzig 1861 |
| Kiefner | Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert.<br>Philosophie und Rechtswissenschaft Bd. 3, herausgegeben von J. Blühdorn und J. Ritter<br>Frankfurt 1969 |
| Kindel | Das Recht an der Sache.<br>Kritische Bemerkungen zum dritten Buche des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich,<br>Breslau 1889 |
| Koch, C.F. | Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten.<br>Mit besonderer Berücksichtigung der Reichsgesetzgebung bearbeitet von Achilles, Hinschius, Johow, Vierhaus.<br>4 Bände, 8. Aufl.,<br>Berlin und Leipzig 1884 - 1886 |

| | |
|---|---|
| Koch, R. | Über die Bedeutung des sogen. Pactum reservati dominii. Gruchot Bd. 12 (1868), S. 1 |
| Koeppen | Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. Iher J Bd. 11 (1871), S. 139 |
| Kötschke | Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters. Jena 1924 |
| Koschaker | Europa und das römische Recht. 2. unveränderte Aufl., München und Berlin 1953 |
| Kuhlenbeck | Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3 Bände, Berlin 1898 - 1901 |
| Kuhnt | Nochmals zur Konkurrenz der Hypothekengläubiger und Vermieter bei der Pfändung von Leihmöbeln. JW 1913, S. 191 |
| | Die Vollstreckung in die Rechte des Abzahlungskäufers und des Möbelleihers. Berlin 1913 |
| Kulischer | Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters und der Neuzeit. 2 Bände, 3. Aufl., München, Wien 1965 |
| Kunkel | Römisches Privatrecht, auf Grund des Werkes von Paul Jörs in zweiter Auflage neu bearbeitet. 3. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949 (zit. Jörs-Kunkel) |
| Larenz | Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band, Besonderer Teil, 10. Aufl. München 1972 |
| Lauterbach | Collegii theoretico-practici pars prima Tübingen 1726 |
| Lazarus | Das Recht des Abzahlungsgeschäfts nach geltendem Recht und nach dem BGB. Berlin 1898 |

| | |
|---|---|
| Lehmann | Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen. Stuttgart 1937 |
| | Zum Streit über die Reform der Kreditsicherung. ZAKDR 1939, S. 228 und S. 261 |
| Leist | Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien. Jena 1889 |
| Leonhard | Über die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag. Gruchot Bd. 25 (1881), S. 185 |
| Leonhardt | Die Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigentum, Abhandlung IV. Über das pactum reservati dominii. Hannover 1843 |
| Letzgus | Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt. Tübingen 1938 |
| Leyser | Meditationes ad Pandectas. Bd. VII, 3. Aufl., Leipzig 1744 |
| Liebrecht | Zur Pfändbarkeit der sog. Leihmöbel. KGBl. 1905, S. 13 |
| Loepert | Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf nach gemeinem Recht und nach dem BGB. Diss. Heidelberg 1904 |
| Lütge | Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte. 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1966 |
| Marwitz | Über den Möbelleihvertrag. Gruchot Bd. 35 (1891), S. 214 |
| Meischeider | Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1889 |

Mevius — Decisiones.
Frankfurt a.M., 1726

Mitteis — Deutsches Privatrecht.
Neu überarbeitet von Heinz Lieberich,
5. Aufl.,
München 1968

Mittermaier — Über die Fortschritte der Gesetzgebung über Hypotheken und über die Forderungen, welche an die Gesetzgebung in dieser Beziehung gestellt werden können.
AcP Bd. 18 (1835), S. 14

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
5 Bände,
Berlin und Leipzig 1888
(zit. Mot.)

Mühlenbruch — Lehrbuch des Pandektenrechts.
Bd. 1 - 3, 3. Aufl.,
Halle 1839 - 1840

Müller — Über das pactum reservati dominii.
AcP Bd. 12 (1829), S. 247 ff

Münzel — Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung.
MDR 1951, S. 129 ff

Nussbaum — Die Pfändung der sog. Leihmöbel.
KGBl 1904, S. 53

Obst-Hintner — Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens.
36. Aufl. Stuttgart 1967

Oertmann — Beiträge zur Lehre von der Erfüllungspflicht des Verkäufers.
LZ 1927 Sp. 9

Die Rechtsbedingung.
Leipzig, Erlangen 1924

Leistungshandlung und Leistungserfolg.
ZHR Bd. 93 (1929), S. 356

Ostler-Weidner — Abzahlungsgesetz.
6. Aufl.,
Berlin, New York 1971

Paulus — Kreditsicherung durch Übertragung von Eigentum und Anwartschaften. JZ 1957, S. 41

Planitz — Konstitutivrecht und Eintragung in den Kölner Schreinsurkunden des 12. und 13. Jahrhunderts. Festschrift für Alfred Schultze, S. 175 ff Weimar 1937

Das deutsche Grundpfandrecht. Weimar 1936 (zit. Planitz Grundpfandrecht)

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von Achilles, Gebhard und Spahn. Bd. 1 - 3, Berlin 1897 - 1899 (zit. Prot.)

Puchta — Pandekten. 3. Aufl., Leipzig 1845

Pufendorf — Observationes iuris universi. Bd. 1, 2. Aufl., Celle, Lüneburg 1757

Raape — Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1908

Raiser — Dingliche Anwartschaften. Tübingen 1961

Vertragsfreiheit heute. JZ 1958, S. 1 ff

Reese — Der Eigentumsvorbehalt in der neueren Rechtssprechung. Diss. Marburg 1934

Reinicke — Gesetzliche Pfandrechte und Hypotheken am Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung. ZHR Beiheft Nr. 19 Stuttgart 1941

Ritter — Der Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen. Frankfurt 1971

| | |
|---|---|
| Rörig | Wirtschaftskräfte im Mittelalter.<br>Köln, Graz 1959 |
| Rosenberg | Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß-rechts.<br>9. Aufl. 1961 |
| Roth | System des Deutschen Privatrechts.<br>Bd. 3, Sachenrecht,<br>Tübingen 1886 |
| Rühl | Eigentumsvorbehalt und Abzahlungs-geschäft.<br>Berlin 1930 |
| Savigny | Das Recht des Besitzes.<br>1. Aufl.,<br>Gießen 1803<br>(zit. Savigny Besitz) |
| | System des heutigen Römischen Rechts.<br>8 Bände,<br>Berlin 1840 - 1849<br>(zit. Savigny System) |
| | Obligationenrecht.<br>2 Bände, Berlin 1853<br>(zit. Savigny Obligationenrecht) |
| Scheurl | Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften.<br>Erlangen 1871. |
| | Rezension von Fitting,<br>Über den Begriff der Rückziehung.<br>Kr. Überschau Bd. 5 (1857), S. 24 ff |
| Schilter | Praxis Juris Romani in foro Germanico.<br>Bd. 1, 4. Aufl.,<br>Frankfurt a.M. 1733 |
| Schmidt | Zur Diskussion um Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung.<br>MDR 1955, S. 447 |
| Schnorr v. Carolsfeld | Besprechung von Letzgus,<br>Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt.<br>KritVJ Schr. Bd. 66 (1939), S. 174 |
| Schröder | Das pactum reservati dominii in den Quellen des römischen Rechts.<br>Diss. Rostock 1910 |

Schubert — Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung.
Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB.
Berlin 1966

Schütz — Die Umwandlung des Eigentumsvorbehalts in ein Pfandrecht.
Diss. Breslau 1940

Schwartz — Die Grundsätze der Reichsgruppe Industrie über den Eigentumsvorbehalt.
ZAKDR 1938, S. 415

Schweppe — Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung.
Bd. 1 - 4, 4. Aufl.,
Göttingen 1828 - 1832

Schwind — Wesen und Inhalt des Pfandrechts.
Jena 1899

Schwister — Anmerkung zum RG-Urteil vom 4.4.1933.
JW 1933, S. 1762

Das Anwartschaftsrecht als Kreditsicherungsmittel.
JW 1933, S. 1857

Vertragspfandrecht, Sicherungsübertragung und Eigentumsvorbehalt.
ZAKDR 1938, S. 338

Zur Reform der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts.
JW 1938, S. 1689

Zur Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen.
ZAKDR 1938, S. 37

Sell — Über bedingte Traditionen.
Zürich 1839

Semeka — Das Wartrecht.
ArchbürgR Bd. 35, S. 121

Serick — Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung.
Band 1, Der einfache Eigentumsvorbehalt.
Heidelberg 1963

Siber — Besprechung von F. Wieacker Lex commissoria, Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht. SZ Bd. 53 (1933), S. 537

Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung. Bd. 2, Römisches Privatrecht. Berlin 1928

Besprechung von Hellwig, Grenzen der Rückwirkung. KritVJSchr. Bd. 49 (1911), S. 56

Siebert — Ist bei aufschiebend bedingter Übereignung die Fortdauer der Einigung bis zum Eintritt der Bedingung erforderlich? JW 1933, S. 244o

Siméon — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 5. Aufl., Berlin 1911

Sintenis — Das practische gemeine Civilrecht. Bd. 1 - 3, Leipzig 1844 - 1851

Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836 (zit. Sintenis Pfandrecht)

Sohm — Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, bearbeitet von Ludwig Mitteis, herausgegeben von Leopold Wenger. 17.Aufl., Berlin 1949

Über Natur und Geschichte der modernen Hypothek. GrünhutsZ Bd. 5 (1878), S. 1

Sombart — Der moderne Kapitalismus. 3 Bände, 2.Aufl., München und Leipzig 1916 (zit. Sombart Kapitalismus)

Die deutsche Volkswirtschaft im neunzehnten Jahrhundert und im Anfang des 2o. Jahrhundert. 4.Aufl., Berlin 1919

Sponer — Das Anwartschaftsrecht und seine Pfändung. Bielefeld 1965

| | |
|---|---|
| Stobbe-Lehmann | Handbuch des Deutschen Privatrechts.<br>2. Band, 2. Halbband, 3. Aufl.,<br>Berlin 1897 |
| Stryk | Continuatio altera Usus moderni pandectarum. 3.Aufl.,<br>Halle/Magdeburg 1711 |
| Stulz | Der Eigentumsvorbehalt im in- und ausländischen Recht, herausgegeben vom Reichsverband der deutschen Industrie.<br>2.Aufl.,<br>Berlin 1931 |
| Thibaut | System des Pandektenrechts.<br>8. Aufl., Jena 1834 |
| Thorsch | Das pactum reservati dominii<br>(Der Eigentumsvorbehalt).<br>Straßburg 1875 |
| v.Tuhr | Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts.<br>1. Band, Leipzig 1910;<br>2. Band, 1. Hälfte, Leipzig 1914;<br>2. Band, 2. Hälfte, München, Leipzig 1918 |
| Vangerow | Lehrbuch der Pandekten.<br>Bd. 1 - 3, 2.Aufl.,<br>Marburg und Leipzig 1841 - 1847 |
| Wächter | Pandekten.<br>Band 1.<br>Leipzig 1880 |
| Weber, Max | Wirtschaftsgeschichte.<br>3. Aufl.,<br>Berlin 1958<br>(zit. Max Weber Wirtschaftsgeschichte) |
| | Grundriß der Sozialökonomik, Wirtschaft und Gesellschaft.<br>Tübingen 1947<br>(zit. Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft) |
| Weinhausen | Die Sicherungsübereignung.<br>Berlin 1928 |
| Wendt | Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft.<br>Wien 1872 |
| Wesenberg | Neue deutsche Privatrechtsgeschichte.<br>Lahr 1954 |

Wieacker — Der Eigentumsvorbehalt als dingliche Vorzugshaftung.
ZAKDR 1938, S. 59o

Lex commissoria.
Erfüllungszwang und Widerruf im Römischen Kaufrecht.
Berlin 1932
(zit. Wieacker Lex commissoria)

Privatrechtsgeschichte der Neuzeit.
2. neubearbeitete Aufl.,
Göttingen 1967

Wieser — Zur Rückgabepflicht des Vorbehaltskäufers bei Konkurs des Verkäufers.
NJW 197o, S. 913

Windscheid — Die Wirkung der erfüllten Bedingung.
Basel 1851

Lehrbuch des Pandektenrechts.
Bd. 1 - 3, 9. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp.
Frankfurt a.M. 19o6 - 19o9

Rezension von K. Fitting,
Über den Begriff der Rückziehung.
Heidelb. KrZ 4 (1857), S. 35 ff.

Über die Wirkung der erfüllten Potestativbedingung.
AcP Bd. 35 (1852), S. 51

Würdinger — Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff .
Diss. München 1928

Zitelmann — Internationales Privatrecht.
2. Band,
München und Leipzig 1898

Zusammenstellung der Äußerungen der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichsjustizamt Bd. 1 - 6.
Neudruck der Ausgabe 1891 Osnabrück 1967
(zit. Zusammenstellung)

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---|---|
| a. A. | anderer Ansicht |
| a.a.O. | am angegebenen Ort |
| Abs. | Absatz |
| Abz.G. | Abzahlungsgesetz |
| AcP | Archiv für zivilistische Praxis |
| a. E. | am Ende |
| a. F. | alter Fassung |
| AG | Amtsgericht |
| ALR | pr. Allgemeines Landrecht von 1794 |
| Anm. | Anmerkung |
| ArchBürgR | Archiv für Bürgerliches Recht |
| Aufl. | Auflage |
| Bd. | Band |
| Betr. | Der Betrieb |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| Diss. | Dissertation |
| DJZ | Deutsche Juristenzeitung |
| Gruchot | Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot |
| GrünhutsZ | Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut |
| Heidelb. KrZ | Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft |

| | |
|---|---|
| h.M. | herrschende Meinung |
| HRR | höchstrichterliche Rechtsprechung |
| IherJb | Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts |
| JW | Juristische Wochenschrift |
| JZ | Juristen-Zeitung |
| KG | Kammergericht |
| KGBl | Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts |
| KO | Konkursordnung |
| KritVJ Schr | Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung |
| Kr. Überschau | Kritische Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben von Arndts, Bluntschli, Pözl |
| LG | Landgericht |
| LindesZ | Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß, herausgegeben von Linde |
| LM | Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmayer, Möhring u.a. |
| LZ | Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht |
| Mot. | Motive |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| OAG | Oberappellationsgericht |
| OLG | Oberlandesgericht |
| OLGE | Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte |
| Prot. | Protokolle |

| | |
|---|---|
| Rdnr. | Randnummer |
| RGBl | Reichsgesetzblatt |
| Recht | Das Recht, begründet von Soergel |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| Sächs. Arch. | Sächsisches Archiv für Rechtspflege |
| Schmollers Jb. | Schmollers Jahrbuch für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften |
| Seuff Arch. | Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| Striethorst Archiv | Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Obertribunals gelangt sind, herausgegeben von Striethorst |
| SZ | Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung |
| ZAKDR | Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begründet von Goldschmidt |
| ZPO | Zivilprozeßordnung |
| ZZP | Zeitschrift für Zivilprozeß, begründet von Busch |

## § 1 Gang und Inhalt der Untersuchung

Der Rechtsbegriff der Anwartschaft ist der Gesetzessprache des BGB fremd. Auch kennt das BGB keine Vorschriften, die auf die rechtliche Behandlung der Anwartschaft zugeschnitten sind. Der wichtigste Anwendungsfall der Anwartschaftslehre, das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers, verdankt vielmehr seine Entwicklung - wenngleich diese auch an gesetzliche Grundlagen anknüpft - im wesentlichen einer Fortbildung des Rechts durch Wissenschaft und Praxis.

Die Ausbildung eines neuen, gesetzlich nicht geregelten Rechtsinstituts ist auch in einer Rechtsordnung mit weitgehend kodifiziertem Recht kein Einzelfall. Denn die Vielfalt der sich ständig verändernden, regelungsbedürftigen und damit auch juristisch zu erfassenden Lebenssachverhalte nötigt auch zu einer fortwährenden Weiterentwicklung des Rechts. Aus dieser Tatsache folgt, daß bei der Rechtsfortbildung die rechtspolitischen und die dogmatisch-systematischen Fragen im Vordergrund wissenschaftlicher Diskussion stehen müssen. Darüber hinaus aber rufen die Ergebnisse einer Fortbildung des Rechts auch ein besonderes historisches Interesse wach, das den tatsächlichen und rechtlichen Ursachen und dem Ablauf einer solchen Entwicklung gilt.

In besonderem Maße trifft dies angesichts der Verbreitung des Eigentumsvorbehaltskaufs im heutigen Geschäftsleben für das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers zu. Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist sowohl im Verhältnis von Rohstoff- und Warenlieferanten zu ihren gewerblichen Abnehmern wie auch zwischen Einzelhändlern und Endkäufern - hier vielfach eingekleidet in Abzahlungsgeschäfte - zu einem allgemein gebräuchlichen Vertragstyp geworden. Innerhalb dieser beiden Bereiche ihres praktischen Auftretens hat die Käuferanwartschaft insbesondere als Haftungsobjekt im Rahmen der Zwangsvollstreckung und als Kreditsicherungsmittel wirtschaftliche Bedeutung gewonnen.

Mit dem raschen Ausbau der Wirtschafts- und Geschäftsprakti-

ken scheint die Rechtstheorie nicht Schritt gehalten zu haben. Denn trotz zahlreicher Versuche ist es bislang nicht gelungen, dem Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers einen festen und gesicherten Platz innerhalb des Rechtssystems des BGB zuzuweisen. Auch wenn sich die Diskussion innerhalb der modernen Lehre in den letzten Jahren zunehmend beruhigt hat, zählt das Anwartschaftsrecht aus dogmatischer Sicht immer noch zu den umstrittenen Instituten des geltenden Privatrechts. Die Entwicklung der Käuferanwartschaft hat daher insoweit noch keineswegs ein Ende gefunden.

Trotz dieser Tatsache ist der gegenwärtige Zeitpunkt für eine Studie zur Geschichte der Käuferanwartschaft nicht verfrüht. Denn eine Fülle von durch Wissenschaft und Praxis gesicherten Einzelergebnissen hat den Rechtsinhalt des Anwartschaftsrechts beim Vorbehaltskauf verfestigt und es so dem Rechtsverkehr zugänglich gemacht. Auf diese Weise wurde die Verkehrsfähigkeit der Anwartschaft in ihren wirtschaftlich bedeutsamen Erscheinungsformen gewährleistet und dem besonderen Bedürfnis nach Rechtssicherheit des Kreditsicherungsrechts Rechnung getragen. Von daher gesehen, hat die Entwicklung der Käuferanwartschaft einen Punkt erreicht, von dem aus sich schon jetzt der Gang dieser Entwicklung zurückverfolgen läßt. Darüber hinaus dürfte auch eine historische "Bestandsaufnahme", die die geschichtlichen Grundlagen für die Ausbildung von Eigentumsvorbehaltskauf und Käuferanwartschaft freizulegen sucht, nicht ganz ohne Interesse für die Rechtsentwicklung der Gegenwart sein. Sie könnte nicht zuletzt auch dazu beitragen, den mit dem Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers zusammenhängenden Fragenkomplex von dem Ausgangspunkt einer Reform des geltenden Kreditsicherungsrechts her neu zu überdenken.

Nach der Auslegungsregel des § 455 BGB ist beim Eigentumsvorbehaltskauf "im Zweifel anzunehmen, daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt". Für das aufschie-

bend bedingte Rechtsgeschäft bestimmt § 158 BGB, daß die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung erst mit Eintritt der Bedingung eintritt. Die Konsequenzen aus der in § 158 BGB angeordneten Rechtsfolge werden jedoch durch § 161 BGB eingeschränkt: Obwohl nach § 158 BGB der Rechtserwerb mit dem Zeitpunkt des Bedingungseintritts zusammenfällt, läßt § 161 BGB vor diesem Zeitpunkt bereits Rechtswirkungen eintreten: Für den Fall des Bedingungseintritts ist der bedingt Berechtigte vor beeinträchtigenden Verfügungen des Veräußerers während des Schwebens der Bedingung geschützt.

Diese Vorschriften enthalten das gesetzliche Anknüpfungsmoment für die Ausbildung der Käuferanwartschaft: § 455 BGB insofern, als beim Eigentumsvorbehaltskauf im Zweifel eine aufschiebend bedingte Übereignung als vereinbart vorausgesetzt und so die Folge des aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfts überhaupt erst ausgelöst wird - § 158 BGB, weil bei aufschiebend bedingter Übereignung das Eigentum an der verkauften Sache bis zum Bedingungseintritt beim Vorbehaltsverkäufer verbleibt, und zwar ohne daß bei Bedingungseintritt der Eigentumsübergang auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirkt - und schließlich besonders § 161 BGB, da dem Vorbehaltskäufer über einen bloß schuldrechtlichen Eigentumsübertragungsanspruch hinaus eine auch Dritten gegenüber durchsetzbare Rechtsposition verschafft wird. Weiterhin ist im vorliegenden Zusammenhang noch die Vorschrift des § 925 Abs. 2 BGB von Bedeutung, die das Problem der Vorbehaltskäuferanwartschaft wegen der Unwirksamkeit bedingter Grundstücksübereignungen aus dem Bereich des Immobiliarsachenrechts ausschließt.

Da die moderne Lehre vom Anwartschaftsrecht beim Vorbehaltskauf an diese Vorschriften des BGB anknüpfen konnte, sind als Grundlage für die geschichtliche Entwicklung der Käuferanwartschaft vornehmlich die Umstände zu beleuchten, die zu der Ausgestaltung des Eigentumsvorbehaltskaufs und der Bestimmungen über das bedingte Rechtsgeschäft im BGB

führten. Dieser Ansatz lenkt den Blick auf das in Deutschland im 19. Jahrhundert geltende Privatrecht, insbesondere auf das gemeine römische Recht. Rechtswissenschaft und -praxis des 19. Jahrhunderts lassen eine intentive bereits auf einem längeren Entwicklungsprozeß beruhende Auseinandersetzung mit dem Recht des Eigentumsvorbehaltskaufs und des bedingten Rechtsgeschäfts erkennen (Erster und zweiter Teil der Arbeit). Bei der Kodifizierung des Privatrechts konnte daher der Gesetzgeber des BGB bereits auf einer Reihe von Ergebnissen aufbauen und diese im Gesetz verankern (Dritter Teil der Arbeit). Aus diesem Grunde ließ sich die fortschreitende Konkretisierung des Rechtsinhalts der Käuferanwartschaft auf dem Boden des BGB bruchlos und kontinuierlich fortsetzen (Vierter Teil der Arbeit).

- Die Fülle des Materials, das zur Entwicklung der Vorbehaltskäuferanwartschaft vorliegt, gestattet es nicht, im Rahmen der vorliegenden Arbeit den zu untersuchenden Entwicklungsprozeß in allen Einzelheiten darzustellen. Es muß vielmehr im Vordergrund stehen, auf geschichtliche Zusammenhänge hinzuweisen, sie zu deuten und insbesondere auf dem Hintergrund wirtschaftlicher Gegebenheiten und Erfordernisse abzubilden.

# ERSTER TEIL

## Die Entwicklung des Eigentumsvorbehaltskaufs bis zum Erlaß des BGB

### § 2 Das pactum reservati dominii bei Grundstückskaufverträgen als Vorläufer des modernen Eigentumsvorbehaltskaufs

Die eingangs pauschal aufgestellte These, die Ausbildung der Käuferanwartschaft habe in der gemeinrechtlichen Wissenschaft und Praxis des 19. Jahrhunderts ihre Grundlage, bedarf näherer Präzisierung. Denn sie trifft für einen wesentlichen Teilbereich dieser Grundlage, die tatsächliche Handhabung und rechtliche Ausgestaltung des Eigentumsvorbehaltskaufs, nur mit erheblichen Einschränkungen zu.

Schon seit dem Ausgang der Rezeption des römischen Rechts gehörte der Eigentumsvorbehaltskauf zum festen Bestand des deutschen Privatrechts und gewann für den Geschäftsverkehr zunehmend an Bedeutung.[1] Dies geht nicht zuletzt aus der Tatsache hervor, daß der Eigentumsvorbehalt schon im Schrifttum des Usus modernus unter dem Stichwort pactum

---

1) Seine erste gesetzliche Ausgestaltung erfuhr der Eigentumsvorbehalt durch die Sächsische Prozeßordnung von 1622 (Dresden 1624). Titel 42: "Also auch wann einer bei Verkauffung des Guts wegen Bezahlung des Kauffgeldes nicht so sehr auf den Käuffer als auf dasselbe Gutt sich daran zu erholen, gesehen und ihme derowegen ausdrücklich auf den Fall, da er nicht bezahlen würde, das Eigenthumb daran vorbehalten thete, so würde er in solchem Falle, wann gleich keiner Verpfändung darneben gedacht were, vor allen andern Gläubigern billig davon bezahlt." (Zit. nach Duncker, Rheinisches Museum für Jurisprudenz Bd. 5 (1833), S. 183.)

reservati dominii eingehende Berücksichtigung fand.[1] Insbesondere im Hinblick auf seine wirtschaftliche Bedeutung handelt es sich bei diesem pactum reservati dominii jedoch um einen Vorläufer des modernen nur beim Verkauf beweglicher Sachen möglichen Eigentumsvorbehalts. Denn das pactum reservati dominii wurde im Geschäftsverkehr nahezu ausschließlich im Zusammenhang mit Grundstückskaufverträgen verwendet.[2] Hier bestand wegen des hohen Gegenstandswerts am ehesten Anlaß für die Ausprägung einer Kreditsicherungsmöglichkeit in der Form eines Eigentumsvorbehalts. Ein nachhaltiges Verkehrsbedürfnis für den Eigentumsvorbehalt auch beim Verkauf beweglicher Sachen trat demgegenüber bis zur zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts nicht hervor.[3]

Als Entstehungsgrundlage für die Ausbildung eines Sicherungsmittels nach Art des Eigentumsvorbehalts beim Kaufvertrag sind im wesentlichen drei Voraussetzungen von maßgeblicher Bedeutung: Was die tatsächlichen Gegebenheiten und Voraussetzungen im Wirtschaftsleben betrifft, so muß der Güterumsatz auf Kredit in der Geschäftspraxis weitgehende Verbreitung gefunden haben. Hierbei gibt der Verkäufer den Kaufgegenstand bereits aus der Hand, ohne daß die Kauf-

---

1) Vgl. z.B. Stryk, Bd. 2, S. 440 ff; Lauterbach, S. 1254 ff; Mevius, Teil 5 Nr. 59 (S. 538 f) und Teil 6 Nr. 193 (S. 65 f); Schilter, Bd. 1, exercit. 30 §§ 55-57 (S. 255); Hert, Bd. 2, Teil 3, S. 94 ff; Leyser, Bd. 7, S. 474 ff. Vollständige Zusammenstellungen der älteren Literatur geben auch Glück, Bd. 16, S. 229 Fußn. 43 sowie Duncker, Rheinisches Museum für Jurisprudenz Bd. 5 (1833), S. 65 ff.

2) Vgl. Duncker, Rheinisches Museum für Jurisprudenz Bd. 5 (1833), S. 165; Cohen, GrünhutsZ Bd. 21 (1894), S. 697; vgl. auch die Fundstellen in Fußn. 1)o., die das pactum reservati dominii immer nur im Zusammenhang mit Grundstücksveräußerungsverträgen behandeln.

3) Vgl. Cohen a.a.O., S. 715 ff; zu diesem Punkt ausführlicher in § 3 der Arbeit.

preisforderung gleichzeitig getilgt wird. Hinzu kommen muß ferner ein Bedürfnis des Verkäufers nach realer Sicherung, wobei sich das Sicherungsinteresse - zumeist wegen des Fehlens anderer geeigneter Sicherungsobjekte - vornehmlich auf den Kaufgegenstand selbst bezieht. Von den rechtlichen Voraussetzungen her ist schließlich erforderlich, daß die bestehende Rechtsordnung kein anderes dem Sicherungsbedürfnis des Verkäufers gerecht werdendes Sicherungsmittel entwickelt hat und zur Verfügung hält. Der Verkäufer muß also auf die Konstruktion des Eigentumsvorbehalts angewiesen sein, um im Falle der Nichterfüllung der Kaufpreisforderung ungehindert durch Rechte Dritter auf den Kaufgegenstand zurückgreifen zu können.

I. Betrachtet man den Zeitraum bis zur Rezeption des römischen Rechts vor dem Hintergrund dieser Entstehungsvoraussetzungen für die Ausbildung eines Sicherungsmittels nach Art des Eigentumsvorbehalts, so zeichnen sich die Gründe ab, aus denen der Geschäftsverkehr anfangs schon von den tatsächlichen Gegebenheiten her ohne ein solches Sicherungsmittel auskommen konnte.

Der Stand der spät-mittelalterlichen Wirtschaftsentwicklung[1] im 14. und 15. Jahrhundert ließ es nicht zu, daß es auf dem Gebiete des Liegenschaftsrechts zu gesamtwirtschaftlich ins Gewicht fallenden Veräußerungsgeschäften kam. Dem Grundbesitz fehlten generell noch die Eigenschaften eines verkehrsfähigen Handelsobjekts. Zahlreiche Bindungen des Grundbesitzes, insbesondere öffentlich-rechtlicher[2] und familienrechtlicher[3] Art verhinderten eine Zunahme des Grundstücksverkehrs und eine Kommerzialisierung von Grund

---

1) Vgl. hierzu allgemein Lütge, S. 97 ff; Kulischer, Bd. 1, S. 97 ff.

2) Zu den grundherrschaftlichen Regalien vgl. Hübner, S. 286 ff; Gierke, Bd. 2, S. 396 ff.

3) Zu den Verfügungsbeschränkungen infolge verwandtschaftlicher Mitberechtigung vgl. Gerber, S. 147 ff; Hübner, S. 328 ff.

und Boden. Wegen der geringen Fluktuation des Grundstücksverkehrs war daher auch der Kreditkauf in diesem Bereich selten.

Auch auf anderen Gebieten des Wirtschaftslebens spielte der Kreditkauf nur eine untergeordnete Rolle. Insbesondere hatte er in den innerstädtischen Kleinhandel[1] so gut wie überhaupt nicht Eingang gefunden.[2] Als Vertragsform gegenseitigen Güteraustausches überwog hier das Prinzip des Barkaufs bei weitem, so daß die Hauptmasse der Waren nur gegen sofortige Bezahlung des Kaufpreises umgesetzt wurde. Der Kreditkauf mit hinausgeschobener Erfüllung der Kaufpreisforderung war eine nur selten praktizierte Ausnahme. Wenn sie einmal gemacht wurde, handelte es sich um reinen Personalkredit im Vertrauen auf die persönliche Zahlungsfähigkeit des Käufers. So kam es, daß wenig Anlaß bestand, darüber nachzudenken, in welcher Weise der Verkäufer wegen seiner Kaufpreisforderung durch Rechte am Kaufgegenstand gesichert werden konnte.

Demgegenüber hatte der Groß- und Fernhandel im Mittelalter schon verhältnismäßig früh Ansätze zu einem Ausbau des Kreditverkehrs gezeigt.[3] Denn die Unvollkommenheit des mittelalterlichen Münzwesens und die hierdurch bedingte allgemeine Geldknappheit[4] hatten es naheliegend erscheinen lassen,

---

1) Vgl. hierzu näher Bechtel, S. 157 ff.

2) Vgl. Inama-Sternegg, Bd. 3, Teil 2, S. 472.

3) Vgl. Bechtel, S. 156; Kulischer, Bd. 1, S. 342; Inama-Sternegg, Bd. 3, Teil 2, S. 472; Lütge, S. 250; besonders verbreitet war der Warenkredit im Handelsverkehr der oberdeutschen Städte, wo er schon im 14. und 15. Jahrhundert zur ständigen Erscheinung wurde; vgl. hierzu Kulischer und Inama-Sternegg, a.a.O.

4) Vgl. Inama-Sternegg, Bd. 3, Teil 2, S. 472. Sombart, Kapitalismus, Bd. 1, S. 404 ff; Kötschke, S. 526 ff; Max Weber, Wirtschaftsgeschichte, S. 218 f.

dieser mißlichen Lage abzuhelfen und der Diskrepanz zwischen Geldmenge und Warenangebot durch eine vermehrte Inanspruchnahme von Kredit zu begegnen. So kam es, daß sich vor allem im interlokalen Handel unter Kaufleuten Veräußerungsgeschäfte auf Kredit weitverbreitet durchsetzten.

Angesichts dieser Geschäftspraxis muß es auf den ersten Blick verwundern, daß zumindest in diesem Bereich ein Bedürfnis der Warenkreditgeber nach realer Sicherung nicht wach wurde und sich in der Ausbildung eines dinglich wirkenden Sicherungsmittels äußerte. Daß sich der Handelsverkehr im 14. und 15. Jahrhundert aufs Ganze gesehen auch ohne besondere Sicherungsvorkehrungen reibungslos und störungsfrei abwickelte, ist in erster Linie auf die noch festgefügte Ordnung des bürgerlichen Lebens zurückzuführen.[1] Hierdurch wurde eine allgemeine Solidität in der Geschäfts- und Wirtschaftspraxis erzielt und damit verbunden eine hohe Zahlungsmoral und Pünktlichkeit in der Zahlungsabwicklung.[2] Der Handel stand unter der Aufsicht der städtischen Verwaltung[3], die darüber wachte, daß unerwünschte Nebenerscheinungen des Kreditverkehrs unterbunden und ausgemerzt wurden. Ebenso achteten auch die Handelskorporationen selbst darauf, daß sich ihre Mitglieder an strenge und solide wirtschaftliche Grundsätze hielten[4]. Die Sanktionen bei einem Verstoß hiergegen waren überaus hart und bedeuteten vielfach den wirtschaftlichen und ge-

---

1) Vgl. Inama-Sternegg, a.a.O.

2) Vgl. Bechtel, S. 156; Inama-Sternegg, a.a.O.

3) Vgl. Kötschke, S. 570 ff; Bechtel, S. 242 ff; Höffner, S. 20; Conrad, Bd. 1, S. 334.

4) Hierzu Kulischer, Bd. 1, S. 342; Kötschke, S. 585 ff.

sellschaftlichen Ruin.[1] Weitere Kautelen für die Gläubigerinteressen fußten darauf, daß sich mit der Verbreitung von Kreditgeschäften ein kaufmännisches Buchführungswesen[2] ausprägte und die Handelsbücher, in denen der Abschluß von Kreditgeschäften schriftlich festgehalten wurde, eine besondere Beweiskraft genossen.[3] Berücksichtigt man weiter, daß Kreditgeschäfte auch in öffentlichen Schuldbüchern beurkundet[4] und durch die Stellung von Bürgen[5] abgesichert werden konnten, so wird deutlich, daß das Überwiegen eines funktionsfähigen Personalkredits nicht dazu nötigte, nach einem dinglichen Sicherungsmittel zu suchen, das dem Verkäufer Rechte am Kaufgegenstand selbst verschaffte.

Auch vom Stand der Rechtsentwicklung her ergab sich keine Möglichkeit für eine Ausweitung des Kreditverkehrs mit realer Sicherung. Zwar kannte das ältere deutsche Privatrecht als Mittel dinglicher Kreditsicherung das Institut des Pfandrechts. Dieses war jedoch für die Begründung eines Verwertungsrechts an dem übergebenen aber noch nicht bezahlten Kaufgegenstand ungeeignet. Denn das ältere deutschrechtliche Pfandrecht (ältere Satzung) basierte auf dem Faustpfandprinzip, das eine doppelte Verwendung des Kaufgegenstandes einmal als Nutzungsobjekt für den Käufer und als Sicherungsobjekt für den Verkäufer nicht zuließ.[6] Dieses Faustpfandprinzip konnte sich so lange behaupten, wie der Verkehr noch kein Bedürfnis zu einer kraftvollen Ausbildung und Weiterentwicklung der Kreditsicherungsmöglichkeiten gezeigt hatte. Denn die noch wenig verfeinerte und im wesentlichen vom mittelalterlichen Schöffentum getragene Rechtsbildung und -entwicklung konnte ihre Anregungen

---

1) Zum Umfang dieser Sanktionen vgl. Kulischer, Bd. 1, S. 341.

2) Vgl. Lütge, S. 240, 249; Kötschke, S. 539 f; besonders eingehend Rörig, S. 189 ff.

3) Vgl. Inama-Sternegg, S. 773 m.w.N.

4) Vgl. Inama-Sternegg, S. 474.

5) Über die Form der Bürgenstellung vgl. Kulischer, Bd. 1, S. 341.

6) Vgl. Hübner, S. 402 ff und S. 470 ff; Gierke, Bd. 2, S. 812 ff und S. 956 ff.

nur von der Praxis her empfangen.[1] Es war daher nicht zu erwarten, daß hier Ergebnisse erzielt wurden, zu denen praktische Bedürfnisse keinerlei Veranlassung gaben. Der durch das Faustpfandprinzip versperrte Weg zu einem weiteren Ausbau des Kreditsicherungsrechts konnte es kaum nahelegen, den Ausweg aus dieser Sackgasse im Eigentumsvorbehalt zu suchen.

Die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Verbreitung des Sachkredits mit realer Sicherung änderten sich grundlegend, als sich mit Beginn der frühkapitalistischen Epoche[2] um die Wende des 15. zum 16. Jahrhundert vor allem in den Kaufmannsstädten neue und differenzierte Geschäftsformen einbürgerten. Das aufkommende Unternehmertum[3] führte in der städtischen Wirtschaft zu mannigfaltigen Verflechtungen und zu einer Ausprägung geldwirtschaftlicher Wirtschaftsformen und Leistungsmaßstäbe. Damit verbunden war auch ein allgemeiner Anstieg des Zahlungs- und insbesondere des Kreditverkehrs. Der bei Handel und Gewerbe zunehmende Kapitalbedarf zeigte seine Auswirkungen insbesondere im Bereich des Liegenschaftsverkehrs. Kapitalistische Unternehmens- und Wirtschaftsformen in den Städten drängten darauf, sämtliche Vermögensgegenstände auf den allgemeinen Nenner Kapital zu bringen. Die Gegensätze bei der wirtschaftlichen Betrachtungsweise von beweglichem und unbeweglichem Vermögen schwächten sich daher ab. Dies hatte zur Folge, daß sich der städtische Grundbesitz allmählich aus den überkommenen Bindungen lösen und seine Veräußerungsfreiheit wie die beweglicher Sachen allgemeine Anerkennung finden mußte.[4] Die hierdurch eingeleitete Mobilisierung und Kommerzialisierung des Grundbesitzes bewirkte wiederum, daß sich Grundstücksveräußerungen auch auf Kredit in verstärktem Maß in der Praxis durchsetzten.

---

1) Vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 112; Cohen, GrünhutsZ, Bd. 21 (1894), S. 693.

2) Zu den ökonomischen und soziologischen Grundlagen dieser Entwicklung vgl. Sombart, Kapitalismus, Bd. 1, S.319 ff; Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 514-601.

3) Vgl. hierzu Lütge, S. 296 ff; Kötschke, S. 582 ff; Bechtel, S. 341 ff.

4) Vgl. Kötschke, S. 579 ff; Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 110; Sohm, GrünhutsZ, Bd. 5 (1878), S. 14 ff; Conrad, Bd. 1, S. 427.

Der in der städtischen Wirtschaft zunehmende Kapitalbedarf rückte auch Fragen der Kreditsicherung deutlich in den Vordergrund. Für eine Zulassung von Kreditgeschäften in größerem Umfang und bei ausgeweitetem Geschäftsverkehr waren die allein auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners abstellenden Grundsätze des Personalkredits zu schwer zu handhaben und zu sehr risikobehaftet. Das Sicherungsinteresse der Gläubiger konzentrierte sich in erster Linie auf den durch die Anerkennung seiner Verkehrsfähigkeit mobilisierten Grundbesitz. Denn die Höhe der Grundstückswerte in den Städten legte eine Nutzbarmachung des Grundbesitzes als Kreditunterlage besonders nahe. Dabei zeigte sich jedoch vielfach, daß der Grundbesitz einer Befriedigung des wachsenden Kreditbedarfs nur dann dienlich sein konnte, wenn durch seine Verwendung als Kreditunterlage die Art seiner wirtschaftlichen Nutzung durch die Schuldner nicht beeinträchtigt wurde. In den Städten waren Grund und Boden knapp und daher intensiv genutzt. Den Besitz seiner städtischen Haus- oder Geschäftsgrundstücke konnte der Schuldner nicht entbehren, da hiervon seine wirtschaftliche Existenz abhing.[1] Da das Sicherungsinteresse der Gläubiger dieser Tatsache zwangsläufig Rechnung tragen mußte, waren die tatsächlichen Voraussetzungen im städtischen Wirtschaftsleben der frühkapitalistischen Zeit für eine Weiterentwicklung des Kreditsicherungsrechts mehr als günstig.

Trotz dieser geänderten tatsächlichen Voraussetzungen ließ die Geschäftspraxis auch im 15. Jahrhundert im Zusammenhang mit Veräußerungsverträgen auf Kredit keine Ansätze zum Ausbau eines eigentumsvorbehaltsähnlichen Sicherungsmittels erkennen. Denn das Instrumentarium der Privatrechtsordnung war in anderer Weise dem gesteigenen Bedürfnis nach realer Kreditsicherung gerecht geworden und hatte sich diesem Bedürfnis durch Neuerungen im Bereich der Pfandrechtsinstitute ange-

---

1) Vgl. Hübner, S. 409; Gierke, Bd. 2, S. 819; Mitteis-Lieberich, S. 95; im übrigen war auch den Kapitalgebern nicht mehr mit einer Besitzübertragung gedient, da es diesen nur auf die ihnen gewährte Sicherheit ankam.

paßt. Neben der älteren Pfandsatzung setzte sich vor allem im Stadtrecht ein Pfandrecht durch, bei dessen Bestellung eine Besitzübertragung des Pfandgegenstandes an den Gläubiger nicht mehr erforderlich war.[1] Diese Durchbrechung des Faustpfandprinzips bei der deutschrechtlichen jüngeren Satzung vollzog sich reibungslos, da sich gleichzeitig eine Beurkundung der Pfandrechtsbestellung in öffentlichen Büchern einbürgerte.[2] Die Beurkundungspraxis übernahm dabei die Publizitätsfunktionen, die der Pfandbesitz des Gläubigers bei der älteren Satzung wahrgenommen hatte. Vornehmlich im Bereich des Liegenschaftsrechts konnte das deutschrechtliche besitzlose Pfandrecht die allgemeine Tendenz zum Ausbau des Kreditverkehrs entscheidend fördern. Aber auch im Mobiliarsachenrecht, dort insbesondere bei der Verpfändung von Schiffen, zeichnete sich eine Auflockerung des Faustpfandprinzips durch das Institut der jüngeren Satzung ab.[3] Das Schwergewicht der praktischen Bedeutung dieser Neuerungen lag jedoch noch eindeutig auf dem Gebiet der Geldkreditsicherung.[4] Das hatte zur Folge, daß die jüngere Satzung als Sachkreditsicherungsmittel im Zusammenhang mit Güterumsatzgeschäften zunächst keine Verwendung fand. Dies änderte sich auch nicht grundlegend, als im Zuge der fortschreitenden frühkapitalistischen Wirtschaftsentwicklung die Interessen des Verkäufers bei Kreditkäufen nach einer Sicherung am Kaufgegenstand selbst verlangten. Denn als diese Bedürfnisse sich zunehmend verstärkten, war die Rezeption des römischen Rechts bereits ihrem

---

1) Diese Entwicklung hatte in Köln schon im 12. Jahrhundert begonnen und sich von hier aus auch in anderen Städten kontinuierlich fortgesetzt. Vgl. hierzu näher Planitz, Grundpfandrecht, S. 148 ff.

2) Vgl. die zahlreichen Nachweise für die Anlegung von Stadtbüchern, in denen Grundstücksverpfändungen aufgenommen wurden bei Planitz, a.a.O.; grundlegend für die Kölner Schreinsurkunden Planitz, Festschrift Alfred Schultze (1938), S. 175 ff; vgl. weiterhin auch die Literaturhinweise bei Conrad, Bd. 1, S. 433.

3) Vgl. Hübner, S. 476; Gierke, Bd. 2, S. 961 ff.

4) Vgl. Cohen, GrünhutsZ, Bd. 21 (1894), S. 694.

Ende zugegangen und hatte aufs Ganze gesehen dem römischen Recht den Vorrang vor den überkommenen deutschrechtlichen Instituten verschafft. Damit war auch die Verwendbarkeit der deutschrechtlichen jüngeren Satzung als Restkaufgeldhypothek in Frage gestellt und ihre Weiterentwicklung als Geld- und Sachkreditsicherungsmittel empfindlich gestört.[1)]

II. Diese Feststellung läßt den Anschluß finden zu der Behandlung der Frage, aus welchen Gründen der Eigentumsvorbehaltskauf im 16. Jahrhundert Eingang in die deutsche Rechtspraxis gefunden hat.

Der augenfällige zeitliche Zusammenhang der Ausbildung des Eigentumsvorbehalts bei Grundstückskaufverträgen mit der Rezeption des römischen Rechts legt die Vermutung nahe, daß der Eigentumsvorbehaltskauf bereits dem römischen Recht bekannt war. Diese Vermutung wird in der Tat zunächst dadurch gestützt, daß die Quellen des römischen Rechts Vertragsgestaltungen ausweisen, die lebhaft an einen Eigentumsvorbehaltskauf erinnern.[2)] Am deutlichsten tritt diese Verwandtschaft zum Eigentumsvorbehaltskauf in der Stelle D. 43, 26, 20 (Ulpian) zutage: "Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emptorem essent, quoad pretium universum persolveretur si per emptorem stetit, quo minus persolveretur venditorem posse consequi." Hier handelt es sich um einen Kaufvertrag, bei dem dem Käufer, der den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat, vom Verkäufer zwar die possessio als Prekarist[3)] verschafft worden ist, das Eigentum am Kaufgegenstand jedoch noch beim Verkäufer verbleibt. Ähnlich auch die Stelle D. 18, 6, 17 (Javolenus): "Servi emptor si eum conductum rogavit, donec pretium

---

1) Zu den schädigenden Auswirkungen der Rezeption des römischen Pfandrechts vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 236.

2) Vgl. einerseits D. 18, 6, 17 (Javolenus); D. 19, 2, 20, 2 (Paulus); D. 19, 2, 21 (Javolenus) und andererseits D. 19, 1, 13, 21 (Ulpian); D. 39, 2, 38 (Paulus); D. 43, 26, 20 (Ulpian); C. 4, 54, 3 (Reskript des Kaisers Alexander Severus).

3) Der Prekarist hatte die sogen. possessio ad interdicta vgl. Kaser, Bd. 1, S.329; Jörs-Kunkel, S.112.

solveret, nihil per eum adquirere poterit, quoniam non videtur traditus is, cuis possessio per locationem retinetur a venditore." Im Unterschied zu der Stelle D. 43, 26, 20 liegt hier allerdings eine Verbindung von Kaufvertrag und Miete vor[1], bei der der Käufer die Possessio an dem ihm übergebenen Kaufgegenstand nicht erhalten hatte.[2]

Insgesamt gesehen, sind die Anhaltspunkte in den Quellen jedoch zu spärlich, als daß man aus ihnen den Schluß ziehen könnte, das römische Recht habe ein dem Eigentumsvorbehalt beim Kaufvertrag ähnliches Sicherungsmittel gekannt.[3] Insbesondere geben die Quellen keinen eindeutigen Hinweis auf die Funktion der Verbindung eines Kaufvertrags mit einem precarium bzw. einem Mietvertrag bis zur Bezahlung des Kaufpreises. Daß diese Verbindung zur Sicherstellung des Kaufpreisanspruchs vorgenommen wurde, läßt sich jedenfalls nicht von vornherein unterstellen. Angesichts der geringen Anzahl der Quellenbelege lassen sich schließlich auch keine konkreten Angaben darüber machen, ob die beschriebene Vertragspraxis tatsächlich Verbreitung gefunden hatte und wirtschaftlich ins Gewicht fiel. Darüber hinaus bleibt auch die juristische Konstruktion im ganzen unklar und dunkel. Klarheit be-

---

1) Diese Verbindung von Kaufvertrag und Miete erinnert an den späteren sogen. "Möbelleihvertrag" preußischen Rechts. Vgl. hierzu unten S. 59ff.

2) Der Mieter hatte nur eine besitzschutzlose Inhabung der Sache (vgl. Kaser, Bd. 1, S. 329), die später in der gemeinrechtlichen Terminologie als Detention bezeichnet wurde; vgl. hierzu z.B. Savigny, Besitz, S. 2 f, 77 ff.

3) Die im 19. Jahrhundert h.M. ging daher wohl zu Recht davon aus, daß in den römischen Juristen der Eigentumsvorbehalt als Sicherungsmittel unbekannt gewesen sein muß. Vgl. Bumke, S. 8; Dernburg, Pandekten, Bd. 1, S. 504; Loepert, S. 7 ff; Sintenis, Bd. 1, S. 480 Fußn.21; Vangerow, Bd. 1, S. 500; Windscheid, Pandekten, Bd. 1, S. 892 Fußn. 19 a; a.A. Exner, S. 347; Glück, Pandekten, Bd. 16, S. 231 Fußn. 49; Hofmann, AcP, Bd. 18 (1835), S. 264; Goldschmidt, Handelsrecht, Bd. 1, 2. Abtl., S. 846, Fußn. 29.

steht nur insoweit, als der Käufer die Kaufsache vor Zahlung des Kaufpreises noch nicht zu Eigentum erworben hatte.[1] Wie sich aber dann bei Zahlung des Kaufpreises der Eigentumserwerb vollzieht, ob ipso iure auf Grund der Zahlung oder erst durch eine noch vorzunehmende traditio brevi manu, ist nicht ersichtlich. Zumindest fehlt es in diesem Zusammenhang an einer ausdrücklichen Bezugnahme auf die Regeln der im römischen Recht bereits in vielen Einzelheiten durchgebildeten Bedingungslehre.[2] Schließlich schweigen die Quellen fast gänzlich über die nähere schuldrechtliche Ausgestaltung des Geschäfts, so daß ein eindeutiger Tatbestandsbeweis für einen Eigentumsvorbehaltskauf römischen Rechts nicht erbringbar ist.

Erscheint hiernach die Belegbarkeit eines Eigentumsvorbehaltskaufs in den Quellen des römischen Rechts schon äußerst zweifelhaft, so ist jedenfalls die Frage, ob bei der Ausbildung des Eigentumsvorbehaltskaufs in der deutschen Privatrechtsgeschichte eine Verbindung zu römischrechtlichen Vorläufern bestand, mit Sicherheit zu verneinen. Hierauf weist schon der Name pactum reservati dominii hin, unter dem der Eigentumsvorbehaltskauf in der juristischen Literatur behandelt wurde [3] und der eindeutig nicht der römischen Rechtsterminologie entnommen ist.[4] In der Literatur des Usus modernus fand das pactum reservati dominii in Deutschland erst gegen Ende des 17. Jahrhunderts in größerem Umfang Beachtung.[5] Zu diesem Zeitpunkt war der Eigentumsvorbehaltskauf in der Geschäftspraxis jedoch bereits längst heimisch

---

1) Bis zu diesem Zeitpunkt (vgl. D. 43, 26, 10 "quoad pretium universum persolveretur" und D. 18, 6, 17 "donec pretium solveret") blieb der Käufer Prekarist bzw. Mieter.

2) Vgl. hierzu näher unten S.

3) S.o. S. 30 Fußn.1)

4) Vgl. statt aller Sponer, S. 24 m.w.N.

5) Vgl. die Literaturnachweise auf S. 30 Fußn. 1).

geworden.[1] Selbst die Gesetzgebung hatte sich schon mit diesem Vertragstyp befaßt.[2] Auch wurde anfänglich in der Literatur zum Eigentumsvorbehaltskauf Stellung genommen, ohne auf irgendwelche Berührungspunkte zum römischen Recht hinzuweisen.[3] Die Frage, ob das pactum reservati dominii dem römischen Recht zu entnehmen sei oder sich wenigstens auf römischrechtliche Quellen zurückführen lasse, wurde erst relativ spät erörtert und von Anfang an kontrovers beantwortet.[4] Die pauschalen und zumeist nur thesenhaften Stellungnahmen zu diesem Punkt sind jedoch wenig aufschlußreich für die Herkunft des pactum reservati dominii und deshalb eher als Versuch zu werten, die tatsächliche Handhabung des Eigentumsvorbehaltskaufs in einer bereits festen Vertragspraxis auch durch die Autorität des römischen Rechts zu legitimieren.

Andererseits enthalten die Abhandlungen des Usus modernus zum pactum reservati dominii jedoch Hinweise auf ausländische, insbesondere italienische Autoren.[5] Dies läßt vermuten, daß der Eigentumsvorbehalt als Sicherungsmittel schon in der oberitalienischen Rechtspraxis gebräuchlich war und läßt den Gedanken zutreffend erscheinen, daß bereits die deutschen

---

1) Vgl. z.B. Hert, Bd. 2 (1737), Teil 3, S.95: "Usus autem huius pacti est manifestus".

2) So z.B. die Sächsische Prozeßordnung von 1622, s.o. S. 29 Fußn. 1.

3) Vgl. etwa Mevius, Teil 5, S. 539 und Teil 6, S. 65; Stryk, Bd. 2, S. 440.

4) Schilter (Bd. 1 exercit. 30, S. 255) führt zu diesem Punkt aus: "Neque frequentatum hoc pactum apud Romanos arbitrer ..... Magis igitur ut dicamus hoc pactum moribus recentioribus fuisse introductum, neque tamen invita iuris ratione"; hiergegen etwa Leyser, Bd. 7, S. 474 ff; Hert, Bd. 2, Teil 3, S. 94.

5) So z.B. bei Carpzow, Buch 1, S. 185 ff; Hert, Bd. 2, Teil 3, S. 94 ff; vgl. auch die Hinweise auf die Behandlung des pactum reservati dominii durch italienische Juristen bei Duncker, Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Bd. 5 (1833), S. 70 f Fußn. 6,9,10.

Juristen der Rezeptionszeit[1] aus ihrer Kenntnis der oberitalienischen Jurisprudenz die Vorbereitung des Eigentumsvorbehaltskaufs in Deutschland gefördert haben. Festzuhalten bleibt jedoch, daß der Eigentumsvorbehaltskauf auf die Bildung von Vertragsrecht zurückzuführen ist.

Hiermit sind jedoch noch nicht die spezifischen Ursachen und Gründe aufgezeigt, die zur Ausformung gerade eines Sicherungsmittels wie des Eigentumsvorbehalts geführt haben. Die Tatsache, daß sich der Eigentumsvorbehaltskauf nach der Rezeption des römischen Rechts im Geschäftsleben Deutschlands allmählich entwickelte, muß zunächst umso mehr befremden, als das römische Recht eine Reihe von Sicherungsmitteln ausgebildet hatte, mit denen man hätte versuchen können, einen ähnlichen wirtschaftlichen und rechtlichen Effekt wie beim Eigentumsvorbehalt zu erzielen.

Schon das römische Kaufrecht bot für den Verkäufer, der den bereits übergebenen Kaufgegenstand noch nicht bezahlt erhalten hatte, einen gewissen Schutz. Denn das Eigentum an der verkauften Sache konnte immer erst mit Zahlung, Sicherstellung oder Stundung des Kaufpreises auf den Käufer übergehen. Dieser Rechtssatz aus den Institutionen[2] enthielt mithin schon einen gewissermaßen auf gesetzlicher Grundlage beruhenden Eigentumsvorbehalt. Seinem Inhalt nach war er jedoch für

---

1) Träger der Rezeption waren die Juristen. Durch die Übernahme der an den italienischen Universitäten seit dem 12. Jahrhundert entwickelten Methode und Dogmatik führte die Rezeption primär zu einer Verwissenschaftlichung des Rechtslebens und erst von daher zu einer Anwendung römischrechtlicher Rechtssätze. Vgl. hierzu Koschaker S. 223 ff; Wesenberg S. 80 ff; Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 129 ff.

2) Vgl. J. 2, 1, 41: "venditae res et traditae non aliter emptori adquiruntur, quamsi is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromisore aut pignore dato quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici - sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicedum est statim rem emptoris fieri". Zur Geschichte dieses schon in den Zwölftafeln enthaltenen Rechtssatzes vgl. Kaser, Bd. 1, S. 352 f.

das gestiegene Sicherungsbedürfnis des Geschäftsverkehrs im Zusammenhang mit Kreditkäufen wenig brauchbar. Denn gerade auch für den Fall einer Stundung der Kaufpreisforderung sollte der Verkäufer bereits sein Eigentum verlieren. Eine solche Stundung lag aber vor, wenn der Käufer im Einverständnis mit dem Verkäufer den Kaufpreis erst zu einem späteren Zeitpunkt als dem der Besitzübertragung zu zahlen brauchte.[1] In diesem Punkt kam das römische Recht dem Sicherungsinteresse des Verkäufers auf Kredit daher nicht nur nicht entgegen, sondern forderte im Gegenteil eine vertragliche Abänderung der Vorschriften über den Eigentumsübergang beim Kaufvertrag heraus.

Eher schon hätte dem Bedürfnis des Sachkreditgebers nach realer Sicherung das Institut der lex commissoria beim Kauf[2] gerecht werden können. Bei vereinbarter lex commissoria stand dem Verkäufer ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückgabe des Kaufgegenstandes zu. Für die Wahrnehmung von Kreditsicherungsfunktionen hätte sich die lex commissoria insbesondere deshalb als wirksam erweisen können, weil sie nach justinianischem Recht auch mit dinglicher Wirkung vereinbart werden konnte und deshalb bei Nichtzahlung des Kaufpreises ein Eigentumsrückfallsrecht begründete.[3] Daß die lex commissoria trotz

---

1) Zu diesem Punkt entwickelten Müller, AcP Bd. 12 (1829) S. 253 f und Thorsch, S. 27 später eine abweichende Ansicht. Hierzu näher unten S. 68 ff.

2) Vgl. hierzu Wieacker, Lex Commissoria und die Besprechung hierzu von Siber in SZ Bd.53 (1933), S. 537 ff.

3) Allgem. M. vgl. Kaser, Bd. 2, S. 287; Siber, Bd. 2, S. 426; Jörs-Kunkel, S. 86 Fußn. 15; vgl. auch C. 4, 54,1 und 4; D. 18, 3, 8; 41, 4, 2,3; sowie D. 18, 2, 4, 3; 20, 6, 3; 39, 3, 9, wo eine dingliche Wirkung bei der lex commissoria ähnlichen in diem addictio vorausgesetzt wird - für das klassische Recht wird die lex commissoria mit dinglich wirkendem Eigentumsrückfall auf den Verkäufer überwiegend abgelehnt, vgl. Wieacker, Lex Commissoria, S. 52 ff; Kaser, Bd. 1, S. 468.

dieser objektiven Eignung als Sicherungsmittel in der Praxis kaum als solches Verwendung fand, mag wohl darauf zurückzuführen sein, daß mit der Vereinbarung einer lex commissoria in erster Linie der Zweck verfolgt wurde, den Verkäufer nicht weiter an einem Vertrag festzuhalten, dessen Erfüllung durch den Käufer zweifelhaft erschien. Bei Zahlungsfähigkeit des Käufers sollte der Verkäufer seine Handlungsfreiheit wiedererlangen und erneut über den Kaufgegenstand disponieren können.[1] Daher lagen die Wirkungen der lex commissoria vorwiegend auf schuldrechtlichem Gebiet. Soweit die lex commissoria auch dinglich wirkte, hatte dies in erster Linie den Zweck, ihre schuldrechtlichen Wirkungen - die Aufhebung des Kaufvertrages - noch zu verstärken.[2] Damit konnte der Käufer über den Kaufgegenstand bei Nichtzahlung des Kaufpreises sogleich anderweitig verfügen und brauchte nicht auf eine Rückübertragung der Kaufsache zu warten. Gehörte die lex commissoria auf Grund dieser Tatsache daher systematisch eher in den Bereich der Leistungsstörungen als in den dinglicher Kreditsicherungsmittel[3], so ist es erklärlich, daß sich der Geschäftsverkehr dieses Instituts zur Sicherstellung nicht erfüllter Kaufpreisforderungen nicht bediente. Hierzu hätte sich mit der lex commissoria in den Quellen des römischen Rechts ein anderer Vorstellungsinhalt in bezug auf ihre praktische Verwendbarkeit und Handhabung verbinden müssen.

---

1) Vgl. Girard-Mayr, S. 783 Fußn. 1; ebenso schon Bechmann, Bd. 2, S. 521; unrichtig insoweit Bumke, S. 7, der annimmt, die lex commissoria habe in Rom Sicherungsfunktionen erfüllt.

2) Vgl. Kaser, Bd. 2, S. 287.

3) Hofmann AcP, Bd. 18 (1835), S. 264, betont demgegenüber die Kreditsicherungsfunktion der lex commissoria und erklärt hieraus die Nichtbelegbarkeit des pactum reservati dominii in den Quellen des römischen Rechts. Vgl. im einzelnen u. S. 51.

Im Hinblick auf die Kreditsicherungsmöglichkeiten, die das römische Pfandrechtssystem bot, bedarf die Entwicklung des Eigentumsvorbehalts demgegenüber einer besonderen Erklärung. Denn das römische Recht gestattete bei Grundstücken wie bei beweglichen Sachen eine Pfandrechtsbestellung durch bloßen Vertrag ohne gleichzeitige Übergabe der Pfandsache (sog. hypotheca).[1] Dies war jedoch der im wesentlichen einzige Vorteil, der es hätte nahelegen können, das römische Vertragspfandrecht dem Sicherungsinteresse des Verkäufers, der den Kaufgegenstand ohne gleichzeitige Bezahlung des Kaufpreises aus der Hand gegeben hatte, nutzbar zu machen und so mit den Mitteln des römischen Rechts die Entwicklung der deutschrechtlichen jüngeren Pfandsatzung zur Restkaufgeldhypothek fortzusetzen.

Zwar war es in der Praxis nicht selten, daß bei Grundstücksveräußerungen auf Kredit zur Sicherung der Kaufpreisforderung der Vorbehalt einer Hypothek vereinbart wurde.[2] Daß von dieser Möglichkeit jedoch bei weitem nicht soviel Gebrauch gemacht wurde wie vom Eigentumsvorbehalt, ist in erster Linie auf die Mängel und Unsicherheiten des römischen Vertragspfandes zurückzuführen.[3] Diese Unsicherheiten stellten den Wert der neuen Kreditsicherungsmöglichkeiten, die die Übernahme des römischen Pfandrechtssystems mit sich brachte, von vornherein in Frage.

Die Kreditfeindlichkeit der justinianischen Pfandrechtsordnung beruhte insbesondere auf einer Fülle von gesetzli-

---

1) Vgl. Jörs-Kunkel, S. 156 ff; Kaser, Bd. 1, S. 389, Bd. 2, S. 227 f.

2) Vgl. z.B. Mevius, Teil 6, S. 65; Hert, Bd. 2, Teil 3, S. 101; vgl. auch Cohen, GrünhutsZ, Bd. 21 (1894), S. 702 ff m.w.N.

3) Allgem. M. so schon Gönner, S. 129; Duncker, Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Bd. 5 (1833), S. 172; Leonhardt, S. 6 und S. 274; Cohen, GrünhutsZ, Bd. 21 (1884), S. 705; Bumke, S. 10; ebenso Sponer, S. 33.

chen Generalhypotheken am gesamten Schuldnervermögen sowie von Spezialpfandrechten, die zum Teil ebenso wie die Generalhypotheken mit Rangprivilegien ausgestattet waren.[1] Der Versuch, diese Rangprivilegien durch einen Hypothekenvorbehalt auszuschalten, erwies sich als unsicher, weil das römische Recht die Bestellung eines Eigentümerpfandrechts nicht zuließ.[2] Daher war es zweifelhaft, ob der Käufer den Kaufgegenstand bei vereinbartem Hypothekenvorbehalt von Anfang an für den Verkäufer belastet erwarb oder ob die gesetzlichen Pfandrechte den Kaufgegenstand bereits vor Entstehung der Hypothek des Verkäufers ergriffen bzw. dieser im Rang vorgingen.[3] Zumindest im Konkursfalle bestanden für einen Teil der Konkursforderungen absolute Privilegien auch gegenüber vorbehaltenen Hypotheken.[4]

Neben der Auflockerung des deutschrechtlichen Spezialitätsprinzips und der Zulassung von Rangprivilegien begründete

---

1) Vgl. hierzu näher Dernburg, Pandekten, Bd. 1, S. 667 ff und S. 703 ff; Dernburg, Pfandrecht, Bd. 1, S. 334 ff; Windscheid, Pandekten, Bd. 1, S. 1159 ff; Kaser, Bd. 2, S. 229 ff; nach Kaser (Bd. 2, S. 226) ist die Kreditfeindlichkeit des nachklassischen Pfandrechts auf eine allgemeine Schrumpfung des Wirtschaftsverkehrs zurückzuführen.

2) D. 50, 17, 45: "Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest."

3) Streitig war insbesondere, ob die vorbehaltene Hypothek ein Quasiseparationsrecht gegenüber den übrigen Gläubigern des Käufers begründe (so u.a. Carpzow, Def.for. S. 130; Hert, Bd. 2, Teil 3, S. 104; Mevius, Bd. 2, Teil 6, S. 65; Pufendorf, Bd. 1, S. 541) oder lediglich ein Privileg aus dem Gesichtspunkt der in rem versio (so etwa Gmelin, S. 145 f; Thibaut, Civil.Abh., S. 316 ff).

   Bei Annahme eines Privilegs des Hypothekenvorbehalts war dessen Sicherungswirkung wegen des Vorrangs der übrigen gesetzlichen Hypotheken mit Rangprivileg gering; vgl. hierzu näher Glück, Bd. 16, S. 235 ff und Bd. 19, S. 311 ff; Dernburg, Pfandrecht, Bd. 1, S. 280 und Bd. 2, S. 452 ff.

4) Hierzu zählten die Verfahrenskosten, die Steuerrückstände und die Lidlöhne, vgl. hierzu näher Cohen, GrünhutsZ, Bd. 21 (1894), S. 704 m.w.N.

das römische Pfandrechtssystem durch das vollständige Fehlen von Einrichtungen, die die Publizität der Pfandrechte sicherstellen konnten, für den Hypothekenvorbehalt einen weiteren Unsicherheitsfaktor.[1)]

Der Verkäufer eines Grundstücks, der die gestundete Kaufpreisforderung mit einer Hypothek hatte sichern lassen, mußte immer gewärtig sein, mit seiner Hypothek auszufallen, weil ein nicht erkennbares gesetzliches Pfandrecht seinem Recht gegenüber den Vorrang hatte.[2)] Risiken dieser Art konnten auch nicht durch besondere Vorsicht bei der Kredithergabe ausgeräumt werden. So ist es verständlich, daß sich der Verkäufer in eine Lage zu versetzen suchte, die die Entstehung privilegierter Hypotheken ausschloß. Dies ließ sich erreichen, wenn der Verkäufer im Insolvenzfalle als Eigentümer auftreten und das ihm vorbehaltene Eigentum geltend machen konnte.

Die Rezeption des römischen Pfandrechts[3)] hatte demnach auf das deutsche Kreditsicherungsrecht in zweierlei Hinsicht entscheidende Auswirkungen: Sie brach einmal die Weiterentwicklung des deutschrechtlichen Pfandrechts ab. Dieses hatte sich stets den wirtschaftlichen Bedürfnissen angepaßt und

---

1) Zu diesem entscheidenden Nachteil des römischen Pfandrechts vgl. etwa Wieacker, S. 150 und S. 236; Wesenberg, S. 120; Gierke, Bd. 2, S. 826; Hübner, S. 413.

2) Erschwerend kam hinzu, daß der Hypothekar sein Pfandrecht gegenüber einem dritten Besitzer erst nach Inanspruchnahme des persönlichen Schuldners geltend machen konnte (sog. exceptio excussionis realis). Auch mußte der Hypothekar an einem Konkursverfahren gegen den Käufer teilnehmen, um sein Recht durchzusetzen. Vgl. hierzu im einzelnen Cohen, GrünhutsZ, Bd. 21 (1894), S. 704 f.

3) In den großen Handelsstädten wurde demgegenüber das römische Pfandrecht praktisch nicht rezipiert. Dessen Kreditfeindlichkeit bewirkte hier eine Weiterentwicklung deutschrechtlicher Formen. Vgl. hierzu Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 235

insbesondere im Institut der jüngeren Satzung ein zweckgerechtes Sicherungsmittel ausgebildet, das in Verbindung mit dem gleichzeitig aufkommenden Grundbuchwesen die Weiterentwicklung des Realkredits günstig hätte gestalten können.

Andererseits vermochte die Rezeption des römischen Pfandrechts an die Stelle der aufgehobenen Institute keine ebenso gut funktionierenden Nachfolger zu setzen. Sie brachte daher in den Realkreditverkehr zunächst einen erheblichen Unsicherheitsfaktor. Dieser Umstand hatte zur Folge, daß die Praxis sich den Ausweg aus dem Dilemma zwischen dem mangelhaften Instrumentarium des Privatrechts und den Sicherheitsinteressen bei einer Grundstücksveräußerung auf Kredit selber suchen mußte und im Eigentumsvorbehalt fand. Mit dem Eigentumsvorbehalt konnte sich der auf Rechtssicherheit angewiesene Verkehr behelfen und so durch die Ausprägung einer festen Vertragspraxis die Mängel der gesetzlichen Kreditsicherungsmittel nicht wirksam werden lassen.

III. In den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts verlor der Eigentumsvorbehalt bei Grundstückskaufverträgen im wesentlichen seine praktische Bedeutung. Zu diesem Zeitpunkt hatte die partikularrechtliche Hypothekengesetzgebung[1] einen Stand erreicht, der die Mängel des gemeinrechtlichen Pfandrechtssystems[2], die zur Ausbildung des

---

1) Zur Entstehungsgeschichte der modernen Hypothek vgl. im einzelnen Beseler, Bd. 1, S. 448 ff; Gerber, S. 275 ff; Gierke, Bd. 2, S. 829 ff; Gengler, S. 249 ff; Stobbe-Lehmann, 2. Bd., 2. Hbd., S. 141 ff und S. 163 ff; Schwind, S. 29 ff. Für die Entwicklung in Preußen vgl. Dernburg, Hypothekenrecht, Bd. 1, S. 1 ff.

2) Bei Beginn der Kodifikationsarbeiten zum BGB galt das gemeinrechtliche Pfandrecht nur noch in Hessen-Homburg und einem Teil von Mecklenburg-Strelitz. Vgl. Mot. Bd. 3, S. 171.

Eigentumsvorbehaltskaufs geführt hatten, im großen und ganzen behob.

Bereits seit Beginn des 18. Jahrhunderts hatte sich in der Gesetzgebung mehrerer deutscher Staaten eine Entwicklung angebahnt[1], die auf die deutschrechtlichen Formen der Pfandrechtsbestellung zurückgriff. Dies äußerte sich zunächst darin, daß sich für die vertragsmäßige Grundpfandrechtsbestellung das Eintragungsprinzip durchsetzte und zum beherrschenden Grundsatz wurde.[2] Durch die Eintragung der Hypothek wurde gleichzeitig auch ihr Rang bestimmt. Damit war den gesetzlichen und stillschweigenden General- und Spezialpfandrechten die Grundlage ihrer Rangprivilegien entzogen. Dies führte schließlich zu einer vollständigen Beseitigung nicht eingetragener Pfandrechtsbelastungen. Die strenge Durchführung des Eintragungsgrundsatzes bedingte schließlich auch eine Wiederbelebung des Spezialitätsprinzips[3] und damit eine Zurückdrängung der Generalhypotheken. Zusätzliche Erleichterungen bei der Durchsetzbarkeit der Hypothek[4] und die Anerkennung ihres selbständigen dinglichen Inhalts[5] sicherten die Verkehrsfähigkeit des Grundpfandrechts und gaben ihm den Charakter eines brauchbaren Realkreditsicherungsmittels.

---

1) Zuerst in Preußen durch die Konkurs- und Hypothekenordnung vom 4.2.1722 und in Sachsen durch die Erläuterte Prozeßordnung von 1724. Zu den sich anschließenden partikularrechtlichen Reformen des Hypothekenwesens vgl. Beseler, Bd. 1, S. 448 f Fußn. 3 und 4; vgl. auch Mittermaier, AcP Bd. 18 (1835), S. 149 ff.

2) Vgl. hierzu Beseler, Bd. 1, S. 450 f; Gierke, Bd. 2, S. 832 f; Dernburg, Hypothekenrecht, Bd. 1, S. 23; Gengler, S. 245 f und S. 253 f.

3) Vgl. Beseler, Bd. 1, S. 451; Stobbe-Lehmann, 2. Bd. 2. Hbd., S. 153 f und S. 163; Gerber, S. 276; Gengler, S. 252.

4) Wie etwa die Beseitigung der exceptio excussionis realis; vgl. hierzu Gierke, Bd. 2, S. 833; Stobbe-Lehmann, 2. Bd. 2. Hbd., S. 143.

5) Vgl. Roth, Bd. 3, S. 518 f; Gierke, Bd. 2, S. 834.

Auf Grund dieser Fortschritte des in den Partikularrechten entwickelten Hypothekensystems büßte das pactum reservati dominii bei Grundstückskaufverträgen seine Existenzberechtigung ein. Denn das neuere Hypothekenrecht eröffnete die Möglichkeit, nicht erfüllte Kaufpreisforderungen aus Grundstücksveräußerungsverträgen durch eine Restkaufgeldhypothek gefahrlos zu sichern. In diesem Sicherungsmittel fand das pactum reservati dominii einen zweckgerechten Nachfolger in der Wahrnehmung seiner Funktionen. Der Eigentumsvorbehalt bei Grundstücksveräußerungen kam daher allmählich außer Gebrauch und starb ab.[1] Zum Teil wurde er auch - wie z.B. in Preußen[2], Bayern und Kurhessen - durch die Gesetzgebung selbst beseitigt und in seiner Wirkung auf den Vorbehalt einer Hypothek beschränkt.[3] So bestimmte § 137 des Bayerischen Hypothekengesetzes vom 1.1.1819: "Hat sich der Verkäufer für den Rückstand am Kaufschilling das Eigentum vorbehalten, so müssen diese Forderungen unter den Hypotheken eingetragen werden." Ebenso legte § 15 dieses Gesetzes fest: "Der bei der Veräußerung einer Sache bedungene Eigentumsvorbehalt berechtigt den Gläubiger, dafür auf die veräußerte Sache eine Hypothek eintragen zu lassen."[4] Eine

---

1) Vgl. Cohen, GrünhutsZ, Bd. 21 (1894), S. 714.

2) So § 268 I 11 ALR für den Fall, daß ein Eigentumsvorbehalt ohne einen bestimmten Zahlungstermin für den Restkaufpreis vereinbart wurde. Anders dagegen bei Vereinbarung eines bestimmten Zahlungstermins, vgl. insoweit § 266 I 11 ALR.

3) Ähnlich wie in Preußen, Bayern und Hessen, aber schon wesentlich früher Titel 42, § 7 der Sächsischen Erläuterten Prozeßordnung von 1724, die an die Regelung der Prozeßordnung von 1622 (vgl. o.S. 29, Fußn. 1) anknüpfte. Vgl. hierzu Curtius, Bd. 4, S. 50 f.

4) Vgl. hierzu Gönner, S. 226.

ähnliche Regelung traf auch die Kurhessische Verordnung vom 17.1.1828: "Hingegen soll der Vorbehalt des Eigentums auf den Fall nicht gehörig erfolgender Erlegung des Preises oder sonstiger Gegenleistung lediglich als ein ausdrücklich bedungenes der im § 1 angeordneten gesetzlichen Hypothek gleichstehendes Pfandrecht angesehen und in das General-Wirtschafts- und Hypothekenbuch von Amts wegen eingetragen werden."[1)]

## § 3 Die Ausformung des Eigentumsvorbehalts beim Kauf beweglicher Sachen im 19. Jahrhundert

Da die Geschichte des älteren, sich vornehmlich auf Grundstücksgeschäfte beziehenden Eigentumsvorbehaltskaufs mit Abschluß der neueren Hypothekengesetzgebung zu Anfang des 19. Jahrhunderts praktisch beendet war[2)], wiesen die folgenden Jahrzehnte einen Zeitraum auf, in dem die wirtschaftliche Bedeutung des pactum reservati dominii erheblich zusammenschrumpfte. Dies änderte sich erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, als der Kreditkauf auch beim

---

1) § 1 der Verordnung gewährte zur Sicherung rückständiger Kaufpreisansprüche ein gesetzliches, allen späteren Hypotheken vorgehendes Pfandrecht. Vgl. hierzu Duncker, Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Bd. 5 (1833), S. 187.

2) In kleineren Staaten mit gemeinrechtlichem Privatrecht, sowie in den Staaten, in denen die Hypothekengesetzgebung die Zulässigkeit bedingter Grundstücksübereignungen zu Sicherungszwecken nicht beseitigt hatte, wurde das pactum reservati dominii bei Grundstücksveräußerungen dagegen weiter praktiziert. Dies erklärt die noch zuweilen auftauchende Behandlung des pactum reservati dominii bei Grundstücksveräußerungen in der Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts.
Vgl. z.B. OAG Celle
Seuff Arch Bd. 1 (1847), S. 196; OAG München
Seuff Arch Bd. 2 (1849), S. 1o; OAG Dresden
Seuff Arch Bd. 6 (1853), S. 14o; OAG Celle
Seuff Arch Bd. 12 (1859), S. 5.

Kauf beweglicher Sachen mehr und mehr zu einer gängigen Geschäftsform wurde.

Seine Wiederbelebung verdankte dabei der Eigentumsvorbehaltskauf in erster Linie der um die Mitte des 19. Jahrhunderts einsetzenden wirtschaftlichen Umwälzung.

Die industrielle Revolution führte zu einem grundlegenden Umbruch der Gütererzeugungsformen. Man machte sich die Fortschritte auf dem Gebiete der Technik nutzbar und setzte sie im Produktionsprozeß massiert ein. Die durch die gewerbliche und industrielle Großerzeugung bewirkte Steigerung der dem Markt zur Verfügung stehenden Gütermenge legte dem Handel die Notwendigkeit auf, neue Absatzmöglichkeiten zu entwickeln. Hierzu war es erforderlich, den Käuferkreis, der dem vermehrten Warenangebot gegenüberstand, zu erweitern. Dies mußte neben einer allgemeinen Änderung der Kaufgewohnheiten auch zu einer Erschließung von neuen Käuferschichten bei einem eindeutigen Trend zum Massengeschäft führen. Insbesondere galt es, auch die Arbeiterschaft, die sich mit Fortschreiten der Industrialisierung ständig vergrößerte, in einen aufnahmefähigen Markt mit einzubeziehen. Der am Ort des Arbeitsplatzes zu leben genötigte Industriearbeiter mußte sich ohnehin den geänderten Lebensgewohnheiten anpassen und war daher in gewissem Umfang auch auf die Erzeugnisse gewerblicher und industrieller Produktion angewiesen. Ein entsprechender Bedarf bestand insbesondere bei Haushalts- und Einrichtungsgegenständen[1)], da sich die Anzahl der Haushaltungen mit dem erforderlichen Grundausstattungsbedarf rapide erhöhte. Im Verhältnis zu diesem Bedarf waren jedoch die verfügbaren Barmittel der Arbeiter

---

1) Daher hat das Abzahlungsgeschäft bei beweglichen Sachen im preußischen Recht den Namen "Möbelleihvertrag" erhalten. Vgl. hierzu Bornemann, Bd. 3, S. 46, der diese Vertragsform schon für das Jahr 1843 belegt. Vgl. hierzu im einzelnen Rühl S. 17 ff; Ostler-Weidner Abz.G., S. 2 f.

und der übrigen Bezieher kleiner Einkommen gering. Zur Beschaffung notwendiger Einrichtungsgegenstände konnte daher immer nur ein kleiner Teil des Einkommens abgezweigt werden. Bei dieser Diskrepanz zwischen den wirtschaftlichen Bedürfnissen und der Zahlungsfähigkeit großer Bevölkerungskreise mußten sich neue Finanzierungsformen aufdrängen, um eine zeitliche Streckung bei der Abwicklung von Kaufverträgen zu ermöglichen, die nicht zuletzt auch im Interesse einer Auslastung der durch den technischen Fortschritt vermehrten wirtschaftlichen Kapazitäten erforderlich war. Im Verhältnis Einzelhändler und Endabnehmer bürgerte sich daher das Abzahlungsgeschäft mit einer solchen Geschwindigkeit ein[1], daß der Gesetzgeber sich noch vor Inkrafttreten des BGB genötigt sah, die Auswüchse dieser Geschäftspraxis durch das Abzahlungsgesetz von 1894[2] zu beschneiden.

Tendenzen zu einer allgemeinen Ausweitung des Kreditkaufs bei beweglichen Sachen machten sich jedoch auch im Verhältnis Produzent - gewerblicher Abnehmer bemerkbar. Dies wird verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Technisierung des Produktionsprozesses den Wert der Investitionsgüter generell steigerte. Je komplizierter sich ein Produktionsverfahren gestaltete, um so kostspieliger mußte sich seine Realisierung erweisen. Neue Maßstäbe setzten daher die in den Produktionsprozeß eingeschalteten Maschinen als produzierte Produktionsmittel. Ihr Wert übertraf oft den anderer Produktionsfaktoren erheblich. Hinzu kam, daß der

---

1) Vgl. hierzu Sombart, S. 229 f; Hörter, S. 16.

2) Das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16.Mai 1894 (RGBl. S. 450) wollte insbesondere die in der Praxis häufig vereinbarte Verbindung von Eigentumsvorbehalt und Verfallklausel bei Zahlungsverzug sowie den Abschluß von Umgehungsgeschäften verhindern. Vgl. §§ 4 u. 6 AbzG.
Vgl. auch die detaillierten Angaben über die Entstehungsgeschichte des AbzG. bei Crisolli, AbzG. 4. Aufl., Einl. S. 9 ff.

sich verschärfende Wettbewerb verlangte, durch Neuinvestitionen ständig mit der technischen Entwicklung Schritt zu halten. Neben einer generellen Veränderung der Anlagevermögen zugunsten der technischen und maschinellen Ausstattung erhöhte sich daher auch das Tempo des Investitionsgüterumschlages.

Diese Faktoren ließen den Kreditkauf auch in den Investitionsgüterabsatz, insbesondere in den Maschinenhandel Eingang finden.[1] Allerdings tauchte hier der Kreditkauf noch nicht mit derselben Häufigkeitsquote wie beim Abzahlungsgeschäft auf, da Gewerbe und Industrie anders als private Endabnehmer mit geringem Einkommen nicht unbedingt auf den Warenkredit des Verkäufers angewiesen waren. Ihnen standen auch die Geldkreditquellen der Banken zur Verfügung, die Lohnarbeitern im wesentlichen[2] noch verschlossen waren. Für die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts läßt sich daher feststellen, daß der Kreditkauf beweglicher Sachen in Form des Abzahlungsgeschäftes allgemeine Bedeutung gewonnen hatte, daß sich der Warenkredit aber auch im Bereich der Rohstoff- und Investitionsgüterbeschaffung ausweitete. Diese Veränderung der volkswirtschaftlichen Situation stellte neue Anforderungen an den Katalog der Kreditsicherungsmittel. Das durch die umfassende Ausweitung des Warenkredits vermehrte Schutzbedürfnis der Warenkreditgläubiger erforderte ein durch die Privatrechtsordnung anerkanntes zweckgerechtes Sicherungsmittel.

Für die Inanspruchnahme des Eigentumsvorbehalts als Sicherungsmittel beim Kauf beweglicher Sachen waren die Voraussetzungen mehr als günstig. Denn mit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts war in der Gesetzgebung der meisten deutschen Staaten ein Prozeß abgeschlossen, der nicht nur für

---

1) Vgl. hierzu Cohen, Schmollers Jb., 15 (1891), S. 609 ff.

2) Wenn man einmal von den Sparkassen und Kreditgenossenschaften absieht, deren gesamtwirtschaftliche Bedeutung jedoch noch sehr gering war. Vgl. hierzu Obst-Hintmer, S. 275 ff u. S. 290 f; vgl. auch Ostler-Weidner, AbzG, S. 3.

das gemeinrechtliche Grundpfandrecht[1], sondern auch für das Pfandrecht an beweglichen Sachen grundlegende Neuregelungen gebracht hatte. Die Rezeption des römischen Pfandrechts hatte zwar zunächst das auf den Prinzipien der Publizität und Spezialität beruhende deutschrechtliche Fahrnispfandrecht verdrängt und damit eine ähnliche Entwicklung wie beim Grundpfandrecht eingeleitet.[2] Damit war auch hier für bewegliche Sachen ein vom Besitz des Gläubigers unabhängiges Pfandrecht anerkannt, das jedoch ebenso wie das Grundpfandrecht auch durch die entscheidenden Nachteile des römischen Pfandrechtssystems wie die Fülle von gesetzlichen Pfandrechten, von Generalhypotheken und Pfandprivilegien gekennzeichnet war.[3] Im Gegensatz hierzu hatte dann aber die mit Beginn des 18. Jahrhunderts einsetzende gesetzliche Reform des Grundpfandrechts die Strukturprinzipien der deutschrechtlichen Pfandrechtsordnung wiedereingeführt. Hiermit vielfach gleichzeitig oder in engem Zusammenhang wurde auch das Fahrnispfandrecht einer gründlichen Revision unterzogen und umgestaltet.[4] Ähnlich wie bei der Hypothekengesetzgebung griff man auf die deutschrechtlichen Prinzipien der Spezialität und Publizität bei der Pfandrechts-

---

1) Vgl. hierzu oben S. 48 f.

2) Vgl. hierzu Gierke, Bd. 2, S. 963 ff; Hübner S. 477 ff.

3) In den Partikularrechten hatten sich dagegen vielfach Reste der deutschrechtlichen Prinzipien wie etwa der Grundsatz der Publizität und Spezialität gehalten. Dies äußerte sich etwa in einem Vorzugsrecht des Faustpfandrechts gegenüber der Mobiliarhypothek, dem Ausschluß der Geltendmachung der Mobiliarhypothek gegenüber einem gutgläubigen Dritten oder besonderen Formvorschriften für die Bestellung der Mobiliarhypothek. - Vgl. hierzu im einzelnen Gierke, Bd. 2, S. 964, Fußn. 40 - 42 mit Nachweisen. Vgl. auch Gerber S. 279; Hübner S. 477; Gengler S. 264 ff.
Bei der Entwicklung des Grundpfandrechts nach der Rezeption ist vielfach ähnliches zu beobachten. Vgl. hierzu oben S. 47 Fußn. 3.

4) Vgl. hierzu Gerber S. 279; Hübner S. 477 ff; Gierke, Bd. 2, S. 964 ff; Gengler S. 264 ff.

bestellung zurück. Während beim Grundpfandrecht der Grundsatz der Publizität jedoch durch die Einführung eines die Belastungen verlautbarenden Registers gewahrt wurde, bot sich ein entsprechendes Verfahren bei der Neuregelung des Pfandrechts nicht oder noch nicht an. Da das Pfandrecht an beweglichen Sachen bei Erlaß der Pfandgesetze wirtschaftlich keine bedeutende Rolle spielte, mag der Gedanke der Einführung eines Registerpfandes bei beweglichen Sachen wenig nahe gelegen haben. Anders als beim Grundpfandrecht, wo das Bedürfnis nach einem besitzlosen Kreditsicherungsmittel gerade durch die langjährige Praxis des pactum reservati dominii deutlich sichtbar geworden war, hatte sich kaum die Möglichkeit abgezeichnet, daß eine Kreditsicherung durch Mobilien ohne Besitz des Kreditgebers eine ähnliche wirtschaftliche Bedeutung hätte gewinnen können, wie das pactum reservati dominii bei Grundstücksverkäufen. Daher führte man für den Bereich des Mobiliarpfandrechts zur Sicherung des Publizitätsgrundsatzes das deutschrechtliche Faustpfandprinzip wieder ein[1], das die Hypothekengesetze dank der Institution des Grundbuches hatten aufgeben können. Diese Grundzüge kennzeichneten nahezu sämtliche auf partikularrechtlicher Grundlage in Angriff genommenen Reformen des Mobiliarpfandrechts.[2] In den großen Gesetzbüchern des ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts war das auf deutschrechtlichen Grundlagen beruhende Faustpfandprinzip bereits wiederum fester Bestandteil des Kreditsicherungsrechts.[3] Im Laufe des 19. Jahrhunderts gewann man schließlich auch in Gebieten mit überwiegend gemeinem Recht durch pfandrechtliche Einzelgesetze ähnliche Ergebnisse.[4] Den formalen Schlußpunkt unter diese Entwicklung setzte dann schon

---

1) Vgl. Gerber, S. 279; Gierke, S. 965; Hübner, S. 478 f.

2) Zuerst § 29 der Preußischen Hypotheken- und Konkursordnung von 1722; ebenso Tit. 44 § 2 der Kursächsischen Erläuterten Prozeßordnung von 1724.

3) Vgl. Preuß. ALR I,20; Code civil Art. 2o71 - 2o84; Österr. ABGB S. 447 ff; Sächs. BGB S. 466 ff.

4) Vgl. z.B. Württembergische Pfandgesetze von 1825 und 1828; Bayrisches Hypothekengesetz von 1819.

die Reichsjustizgesetzgebung[1], die die Mobiliarhypothek, wo sie noch vorkam, durch Versagung des Schutzes gegen Pfändung der Sache durch andere Gläubiger[2] und durch Ausschluß eines Absonderungsrechts[3] im Konkurs praktisch völlig aushöhlte.

Das streng durchgeführte und gesetzlich neu normierte Faustpfandprinzip, das auch die Pfandbestellung durch den Übergabeersatz eines Besitzmittlungsverhältnisses ausschloß, machte jedoch auch das Institut des Pfandrechts als Sicherungsmittel für den Warenkredit wertlos, wenn der Käufer, wie in der Regel, den Besitz der Kaufsache erhalten sollte. Die Beseitigung der Mobiliarhypothek und die Wiedereinführung des Faustpfandprinzips bewirkten daher, daß der Geschäftsverkehr wiederum auf die Sicherungsmöglichkeiten des Eigentumsvorbehalts auswich.

Ein weiterer Umstand trug zur Erleichterung dieser Entwicklung noch wesentlich mit bei. - Die Wiederbelebung der deutschen Rechtswissenschaft zu Beginn des 19. Jahrhunderts hatte auch zu einer neuen, gründlichen und systematischen Behandlung juristischer Einzelfragen geführt. So kam es, daß sich in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts auch eine überaus lebhaft geführte Diskussion um die rechtliche Bedeutung und Konstruktion des pactum reservati dominii entspann, die bis zu der positivrechtlichen Regelung des Eigentumsvorbehaltskaufs in § 455 BGB nicht abbrach.[4] Nach der Auswahl der

---

1) Hier einschlägig Reichskonkursordnung vom 1o.2.1877 und Civilprozeß-Ordnung für das Deutsche Reich vom 3o.1.1877.

2) Vgl. § 7o9 Abs.2, 2.Halbs. ZPO a.F.

3) Vgl. Art.14 des Einführungsgesetzes zur Reichskonkursordnung.

4) Aus der Fülle der im 19.Jahrhundert z.T. in monographischer Breite erschienenen Einzelabhandlungen vgl. z.B. Gensler AcP Bd. 2 (1819), S. 291 ff; Müller AcP Bd. 12 (1829), S. 247 ff; Duncker, Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Bd. 5 (1833), S.65 ff u. S. 160 ff; Hofmann AcP Bd. 18, S. 254 ff; Geyso LindesZ, Bd. 5 (1841), S. 161 ff; Leonhardt, Zur Lehre von den Rechtsverhältnissen beim Grundeigentum, Nr. 4 (1843); Thorsch, Das pactum reservati dominii (1875); Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien (1889); Bumke, Das pactum reservati dominii (1898).

Argumente wurde diese Diskussion allerdings zunächst völlig interessenneutral geführt. Denn für eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen Funktionen des Eigentumsvorbehalts bot sich bei dem methodischen Ansatz der gemeinrechtlichen Wissenschaft wenig Anlaß.

Bezeichnenderweise setzte daher die Auseinandersetzung über die juristische Behandlung des pactum reservati dominii zu einem Zeitpunkt erneut ein, zu dem es bei Grundstücksverkäufen durch die Hypothekengesetzgebung überflüssig geworden war, für den Eigentumsvorbehalt beim Verkauf beweglicher Sachen sich ein Verkehrsbedürfnis aber noch nicht gezeigt hatte. Die wirtschaftliche Bedeutung des Eigentumsvorbehaltskaufs war daher während seiner gesamten Geschichte zu keinem Zeitpunkt geringer. Daß das pactum reservati dominii in der gemeinrechtlichen Literatur gleichwohl kontinuierlich weiterdiskutiert wurde, bewirkte jedoch immerhin folgendes: Die veränderten Geschäftsformen, die die industrielle Revolution des 19. Jahrhunderts mit sich brachte, fanden ein wohl vorbereitetes juristisches Feld vor, das eine schnelle Ausweitung des Kreditkaufs bei beweglichen Sachen ermöglichte, ohne das Sicherungsinteresse des Verkäufers zu gefährden.

Das pactum reservati dominii konnte daher durch einen Austausch der von ihm erfaßten Gegenstände seine frühere Bedeutung als Sicherungsmittel wiedergewinnen. In wirtschaftlicher Hinsicht vergrößerte sich diese Bedeutung mit zunehmender Verbreitung typisierter Massengeschäfte noch ständig.

## § 4 Exkurs: Der "Möbelleihvertrag" preußischen Rechts als partikularrechtliches Gegenstück zum pactum reservati dominii

Ein Blick auf die Entwicklung des preußischen Rechts und auf sein Verhältnis zur Geschäftspraxis läßt noch deutlicher erkennen, welche Interessen bei der Ausformung eines eigentumsvorbehaltsähnlichen Sicherungsmittels auf dem Spiele standen. In Preußen hatte das Allgemeine Landrecht für die weitere Ausgestaltung des pactum reservati dominii beim Verkauf beweglicher Sachen zum Teil andere Akzente gesetzt, als die übrige partikularrechtliche Gesetzgebung.[1] Das Allgemeine Landrecht traf in § 266 I 11 die Bestimmung: "Hat der Verkäufer auf den Fall, wenn der Käufer das kreditierte Kaufgeld oder einen gewissen Teil desselben, in einem bestimmten Termine nicht zahlen würde, sich das Eigentum der verkauften und übergebenen Sache vorbehalten, so hat dieses Abkommen die Kraft einer auflösenden Bedingung."[2]

Darüber hinaus war nach § 262 I 11 ALR bei auflösend bedingter Eigentumsübertragung "wenn das Eigentum auf den Verkäufer zurückgehen soll, eine neue Übergabe an denselben erforderlich." Das ALR hatte sich somit gegen einen dinglich

---

1) Ähnlich auch in Braunschweig, Bremen, Oldenburg, Sachsen und Württemberg; vgl. hierzu Lazarus, S. 3, Fußn. 2.

2) Vgl. auch Art. 259 des württembergischen Pfandgesetzes von 1825: "Ein die Sicherstellung einer Forderung einzig bezweckender Eigentums- oder Pfandrechtsvorbehalt an beweglichen Sachen, welche dem Käufer übergeben werden, ist unzulässig."
Ebenso § 292 des sächsischen BGB von 1863: "Der Vorbehalt des Eigentums zur Sicherung einer Forderung ist als Vorbehalt eines Pfandrechtes zu betrachten, dessen Entstehung nach den über dasselbe geltenden Vorschriften zu beurteilen ist." Da § 467 des sächs. BGB gleichzeitig bestimmte: "Soll der Verpfänder die Sache für den Pfandgläubiger innebehalten, so entsteht kein Faustpfand", hatte der Eigentumsvorbehalt bei beweglichen Sachen nach sächsischem Recht keinerlei dingliche Wirkung. - Vgl. hierzu auch Cohen, GrünhutsZ Bd. 21 (1894), S. 762; Lazarus, S. 3.

wirkenden vertraglich vereinbarten Eigentumsvorbehalt entschieden[1] und dem Vorbehaltsverkäufer lediglich einen schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch zugebilligt.[2] Hiernach hatte der Eigentumsvorbehalt im ALR für den Verkäufer lediglich den Effekt, daß er den Kaufvertrag widerrufen konnte. Der Eigentumsvorbehalt kam somit in seinen Wirkungen denen der lex commissoria des römischen Rechts nahe.[3] Diese das Sicherungsbedürfnis des Verkäufers zu sehr außer acht lassende Regelung mußte bald mit den Anforderungen der Praxis kollidieren.[4] Um der Regelung der §§ 266, 262 I 11 ALR zu entgehen, gleichwohl jedoch dem Verkäufer ein dinglich wirkendes Sicherungsrecht am Kaufgegenstand zu bestellen, mußte die Praxis einen anderen Weg als den des Eigentumsvorbehalts einschlagen. Es bildete sich daher eine Geschäftsform aus, bei der die Parteien vereinbarten, daß der Käufer die Kaufsache zunächst mieten sollte. Später, wenn die Mietzahlungen einen bestimmten Betrag - nämlich den der Kaufsumme - erreicht hatten, sollte dann das Eigentum auf den Käufer übergehen.[5]

---

1) Vgl. Koch-Vierhaus, Bd. 1, Anm. 78 zu § 262 I 11 ALR und Anm. 85 zu § 266 I 11 ALR; Förster Eccius, Bd. 2, S. 75; Gruchot in Gruchot, Bd. 10 (1866), S. 328 f; v.Brünneck in Gruchot, Bd. 10, S. 349.

2) Allerdings verstärkte das ALR in § 264 I 11 den Rückforderungsanspruch insoweit, als es ihn gegen Dritte, die von der Vornahme des bedingten Rechtsgeschäfts Kenntnis hatten, durchsetzbar machte.

3) Vgl. oben S. 42f.
sowie Förster Eccius, Bd. 2, S. 75, die die Regelung des Eigentumsvorbehalts im ALR als Grund für das Fehlen einer näheren Regelung der lex commissoria ansehen. - Ähnlich R. Koch in Gruchot, Bd. 12 (1868), S. 5; v. Brünneck in Gruchot, Bd. 10 (1866), S. 351 und Dernberg, Privatrecht, Bd. 2, S.388, der die begriffliche Verwechslung von Eigentumsvorbehalt und lex commissaria im ALR rügt.

4) Allerdings sah die h.M. den § 266 I 11 ALR als dispositiv an, so daß bei Nachweis eines entsprechenden Parteiwillens ein Eigentumsvorbehalt mit dinglicher Wirkung zugelassen wurde und damit die Konsequenzen des § 266 I 11 ALR umgangen werden konnten. Vgl. Vgl. Pr.O.Tr. in Striethorst Archiv Bd. 73 (1870), S. 254 und Bd. 74 (1870), S. 50 ff; Hausmann, S. 14.

5) Vgl. hierzu Bornemann, Bd. 3, S. 46, der diese Praxis schon für das Jahr 1843 belegt.

Für diese Vertragsform, mit der die Praxis die fehlenden Sicherungsmöglichkeiten der Gesetzgebung überbrückte und denselben wirtschaftlichen Effekt wie beim dinglich wirkenden Eigentumsvorbehalt erzielte, bürgerte sich der Name "Möbelleihvertrag"[1] ein. Einrichtungsgegenstände, insbesondere Möbel, waren ja die häufigsten Kaufobjekte, die auf Abzahlung veräußert wurden und die deshalb auch als Sicherungsgegenstände wegen des noch nicht gezahlten Kaufpreisrestes herangezogen wurden.[2] Außer im Geltungsbereich des ALR hielt sich der Möbelleihvertrag[3] in denjenigen Rechtsgebieten, in denen die Landesgesetzgebung dem Eigentumsvorbehalt die dingliche Wirkung versagte, oder dort, wo diese Wirkung zumindest zweifelhaft war.[4] Er gewann im Geschäftsleben zunehmende Bedeutung[5], bis ihn die Bestimmung des § 455 BGB mit ihrer generellen Zulassung des Eigentumsvorbehaltskaufs überflüssig

---

1) Schon diese juristisch ungenaue Begriffsbildung deutet darauf hin, daß der "Möbelleihvertrag" seine Entwicklung der Praxis verdankt. Vgl. Hausmann, S. 5 f.

2) Vgl. oben S. 52.

3) Aufgrund des Ineinandergreifens kauf- und mietvertraglicher Elemente war die rechtliche Konstruktion des Möbelleihvertrages heftig umstritten. Die eine Meinung ging trotz der für einen Mietvertrag sprechenden Parteierklärungen vom Vorliegen eines Kaufvertrages aus (vgl. z.B. Förster-Eccius, Bd. 2, S. 82 Fußn. 71). Andere entschieden sich für einen auflösend bedingten Mietvertrag in Verbindung mit einem durch die Zahlung sämtlicher Mietzinsraten aufschiebend bedingten Kaufvertrag (vgl. v. Brünneck, Gruchot Bd. 10 (1866), S. 339 ff; Hausmann, S. 6 f; Dernburg, Privatrecht, Bd. 2, S. 397.

4) Vgl. Lazarus, S. 3.

5) Schon für das Jahr 1866 belegt v. Brünneck in Gruchot, Bd.10, S. 340 den formularmäßigen Abschluß von Möbelleihverträgen. Vgl. auch Marwitz, Gruchot, Bd. 35 (1891), S.215.

machte.[1] Die Entwicklung des Möbelleihvertrages zeigt besonders deutlich den Erfindungsreichtum der Geschäftspraxis, wenn es gilt, Mängeln der Privatrechtsordnung durch Vertragsrecht abzuhelfen.

## § 5 Die rechtliche Behandlung des Eigentumsvorbehaltskaufs im 19. Jahrhunderts

Die wirtschaftliche Bedeutung des Eigentumsvorbehalts war im Laufe seiner Entwicklung klar zu Tage getreten. Demgegenüber herrschte bei der rechtlichen Klassifizierung des pactum reservati dominii von Anfang an lebhafter Streit. Die Kontroversen um die rechtliche Ausgestaltung des pactum reservati dominii spiegelten deutlich das Bestreben der Juristen wider, die bestehende Vertragspraxis rechtlich abzusichern und ihr eine haltbare und plausible Konstruktion zu unterlegen. Im 19. Jahrhundert verdichteten sich diese Bestrebungen zu einer zusammenhängenden Diskussion[2], die das pactum reservati dominii zum festen Bestandteil der Traditionslehre der Pandektistik[3] werden ließ.[4] Neben der Rechtswissenschaft

---

1) In den ersten Jahren nach Inkrafttreten des BGB wurden Eigentumsvorbehaltskauf und Möbelleihvertrag z.T. noch nebeneinander praktiziert. Durch die Unterstellung unter das AbzG (vgl. § 6 AbzG) und die allgemeine Gültigkeit des Eigentumsvorbehalts wurden die Möbelleihverträge jedoch zunehmend seltener; vgl. Ostler-Weidner, AbzG § 6 Anm. 28, S. 449. Erst in neuerer Zeit haben in mietvertragliche Regelungen gekleidete Finanzierungsgeschäfte durch das sog. Finanzierungs-Leasing wieder an Bedeutung gewonnen; vgl. hierzu Larenz Schuldrecht, Bd. 2, S. 350 ff; Esser Schuldrecht, Bd. 2, S. 134 f; Baur Sachenrecht, S. 545.

2) Angesichts dieser Tatsache kann die nachfolgende Untersuchung zeitlich im wesentlichen auf das 19. Jahrhundert beschränkt bleiben.

3) Gegenstand der Diskussion war daher im wesentlichen die Ausgestaltung des pactum reservati dominii nach gemeinem Recht. Zu den partikularrechtlichen Sonderbestimmungen vgl. den Überblick bei Duncker, Rheinisches Museum für Jurisprudenz Bd. 5 (1833), S. 183 ff.

4) Vgl. im einzelnen die großen Pandektenlehrbücher, z.B. Brinz, Bd. 1, S. 590; Dernburg, Bd. 1, S. 504 ff; Mühlenbruch, Bd. 2, S. 399; Puchta, S. 209, Fußn. f; Sintenis, Bd. 1, S. 480 ff; Vangerow, Bd. 1, S.500 ff; Windscheid, Bd. 1, S. 890 ff.

gewann im 19. Jahrhundert auch die Spruchpraxis der Obergerichte bei der juristischen Durchdringung und Verfestigung des Inhalts des pactum reservati dominii zunehmend an Bedeutung.[1)]

Betrachtet man den Wortlaut der Vertragsvereinbarungen, unter dem in der Praxis üblicherweise ein pactum reservati dominii abgeschlossen wurde, so mag es befremden, daß der Eigentumsvorbehalt insbesondere im Hinblick auf seine dingliche Seite Anlaß zu umfangreichen juristischen Kontroversen gab. Der gewöhnliche Vertragstext unterschied sich nämlich im wesentlichen kaum von der heutigen Praxis, nach der sich der Verkäufer "das Eigentum bis zur Bezahlung des Kaufpreises vorbehält".[2)] So hieß es vielfach, daß die Übergabe der Kaufsache "sub pacto reservati dominii" oder "sub reservatione dominii" oder auch unter "Vorbehalt des Eigentums" erfolgen sollte.[3)] Daß die juristische Doktrin bei der Interpretation dieser Vertragsbestimmungen[4)] unterschiedliche Standpunkte einnehmen konnte und keineswegs genötigt war, die nach dem Vertragswortlaut naheliegende Konstruktion einer aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung zu wählen, ist sicherlich einmal darin begründet, daß es an einer gesetzlichen Auslegungsregel fehlte. Mehr als dieses fällt jedoch ins Gewicht, daß die juristische

---

1) Vgl. die Rechtssprechungsübersicht bei Windscheid Bd. 1, S. 891, Fußn. 18 a.

2) Vgl. § 455 BGB.

3) Vgl. Leonhardt, S. 233, wo diese Praxis für Hannover belegt wird.

4) Im Zusammenhang mit der Streitfrage, ob die traditio ein abstrakter dinglicher Vertrag sei (so insbesondere Savigny, Obligationenrecht Bd. 2, S. 249 ff.), wurde auf das Problem der Interpretation des pactum reservati dominii nicht eingegangen.

Interpretation mit ihren methodischen Mitteln der Bedeutung privatrechtlicher Willenserklärungen zunächst noch freier gegenüberstand und sich demgemäß leichter über einen Vertragstext hinwegsetzen konnte. Der Grundsatz der Privatautonomie hatte sich erst allmählich in einem mit Beginn des 19. Jahrhunderts einsetzenden Prozeß zum beherrschenden Prinzip des Privatrechts entwickelt.[1] Zumindest anfänglich waren daher immer noch naturrechtliche Axiomatik bzw. Deduktionen nur anhand von objektivem Sinn und Zweck eines Rechtsgeschäfts in der juristischen Argumentation von ebensolcher Bedeutung wie das Abstellen auf den Parteiwillen. Dies zeigte sich auch bei den Bemühungen um die konstruktive Erfassung des Eigentumsvorbehalts. Aus diesem Grunde ergab die Diskussion um den Rechtsinhalt des pactum reservati dominii ein buntes Bild juristischer Konstruktionen, das nicht zuletzt auch durch die Verschiedenheit der methodischen Ansätze geprägt war.

I. Eine im 19. Jahrhundert nur noch selten vertretene Ansicht[2] versuchte den Eigentumsvorbehalt in den Vorbehalt

---

1) Geistesgeschichtlich beruhte dieser Prozeß auf dem in der Philosophie Kants entworfenen Bild des Menschen als sittlich autonomer Persönlichkeit mit vorausgesetzter Freiheit des Willens. Vgl. hierzu Ritter, S. 115 ff; Wieacker Privatrechtsgeschichte S. 351 ff; Raiser JZ 1958, S. 2;
Sichtbarer Niederschlag dieser Grundlagen findet sich vor allem im "System" Savignys; vgl. hierzu im einzelnen Gmür, S. 26 f und Kiefner, in Philosophie und Rechtswissenschaft, S. 3 ff und passim; zu dem tatsächlichen Ablauf dieses Prozesses in der Praxis vgl. Hedemann S. 3 ff.

2) Vertreten z.B. noch in der jur. Zeitung für das Königreich Hannover Nr. 10 vom 15. Mai 1831, zit. nach Duncker, Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Bd. 5 (1833), S. 70. Ebenso auch OAG Dresden, Seuff Arch Bd. 23 (1870), S. 220. Zu dieser Auffassung im einzelnen vgl. Duncker a.a.O.; Glück, Bd. 16, S. 234 ff; jeweils m.w.N; vgl. auch Cohen GrünhutsZ, Bd. 21 (1894), S. 710.

eines bloßen Pfandrechts umzudeuten.[1] Dieser Versuch erscheint nachgerade ungewöhnlich[2], weil der Geschäftsverkehr gerade wegen der rechtlichen Unzulänglichkeiten[3] einer pfandrechtlichen Sicherung auf das Institut des Eigentumsvorbehalts ausgewichen war. Die Theorie vom Pfandrechtsvorbehalt operierte daher völlig losgelöst von einer der wesentlichsten Entstehungsursachen für die Ausbildung des pactum reservati dominii. Andererseits kam sie aber nicht umhin, ähnliche praktische Ergebnisse zu entwickeln, wie das pactum reservati dominii. Hierzu war es erforderlich, dem Verkäufer ein zumindest priviligiertes Pfandrecht zu verschaffen, das gegenüber den gesetzlichen Spezial- und Generalhypotheken Vorrang hatte. Es mußte also eine Konstruktion entwickelt werden, bei der der Käufer das Eigentum an der Kaufsache von vornherein mit dem Pfandrecht des Verkäufers belastet erwarb, so daß der Verkäufer mit seinem Pfandrecht allen anderen Realgläubigern des Käufers im Range vorging.[4] Die Möglichkeit einer solchen Konstruktion wurde durch die Tatsache erschwert,

---

1) In ähnlichem Sinne auch noch Schweppe, Bd. 2, der a.a.O., S. 123, zwar von einem Resolutivvertrag nach Art eines dominium revocabile ex tunc ausgeht, dann aber a.a.O., S. 342 ausführt: "Insofern aber die Sicherheit des früheren Eigentümers nicht darunter leidet, muß man von der Idee eines bloßen Pfandrechts ausgehen."

2) vgl. hierzu z.B. die Stellungnahme von Vangerow, Bd. 1, S. 5oo "ist offenbar ganz irrig und mit den Worten in grellem Widerspruch".

3) Vgl. oben S. 45.

4) Vgl. hierzu etwa Glück Bd. 16, S. 236, der hierzu ausführt, daß in der Praxis vielfach von einem solchen absolut priviligierten Pfandrecht ausgegangen worden sei. Vgl. insbesondere die Nachweise in Fußn. 64, vgl. jedoch auch die bei Glück a.a.O. wiedergegebenen hiergegen geltend gemachten konstruktiven Bedenken.

daß das römische Recht ein Pfandrecht an eigener Sache nicht kannte[1], der Verkäufer also frühestens zusammen mit dem Eigentumserwerb des Käufers Pfandrechtsinhaber werden konnte. Daher ließ sich die These, daß der Käufer von Anfang an belastetes Eigentum erwarb, nur schwer im römischen Recht verankern.[2]

Aber auch die dogmatischen Gründe, die eine Umdeutung des Eigentumsvorbehalts in einen Pfandrechtsvorbehalt rechtfertigen sollten, waren wenig tragfähig. Einmal wurde angeführt, daß der Käufer Eigentum erwerben müsse, damit ein Gefahrübergang stattfinden könne. Ein Gefahrübergang vor Bezahlung des Kaufpreises könne aber nur erfolgen, wenn man den Eigentumsvorbehalt als Pfandrechtsvorbehalt verstehe, da der Käufer ja nur im Falle einer pfandrechtlichen Sicherung des Verkäufers Eigentum erwerbe.[3] Zum anderen wurde unter Hinweis auf D 18, 1, 80, 3 (Labeo)[4] geltend gemacht, daß nach römischem Recht überhaupt kein Kaufvertrag vorliege, wenn vereinbart worden sei, daß das Eigentum nicht auf den Käufer übergehen solle, sondern dem Verkäufer zunächst vorbehalten bleibe.[5] Der axiomatisch postulierte

---

1) Vgl. D 50, 17, 45 pr. (Ulpian) Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest. Vgl. in diesem Zusammenhang auch D 27, 9, 1, 4 (Ulpian).

2) Glück Bd. 16, S. 236, machte daher den Vorschlag, das Pfandrecht werde mit der Maßgabe vorbehalten, daß das Eigentum nicht anders als mit dem Pfandrecht belastet erworben werden könne.

3) So unter Hinweis auf D 19, 2, 20, 2 (Paulus) "Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti cum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat."

4) "Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus."

5) So etwa OAG Dresden Seuff Arch Bd. 23 (1870), S. 220

Satz, die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums gehöre zum Wesen des Kaufvertrages, ließ sich leicht mit dem Hinweis widerlegen, daß nach römischem Recht der Kaufvertrag über eine fremde Sache, deren Eigentum überhaupt nicht übertragen werden konnte, gültig war.[1] Daher war die Stelle D 18, 1, 80, 3 nur so zu interpretieren, daß das römische Recht das Vorliegen eines Kaufvertrages nur dann verneinen wollte, wenn eine Eigentumsübertragung aufgrund übereinstimmender Parteiabrede überhaupt nicht und zu keiner Zeit stattfinden sollte.

Da die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts somit den Abschluß eines Kaufvertrages nicht ausschloß, nötigte auch die Regelung des Gefahrübergangs nicht zu der Annahme eines Pfandrechtsvorbehalts. Denn durch zahlreiche Quellenstellen ließ sich belegen, daß nach römischem Recht allein das wirksame Zustandekommen des Kaufvertrages, nicht aber der Eigentumserwerb durch den Käufer, den Zeitpunkt für den Gefahrübergang bestimmte.[2] Diese Gegenargumente hatten gezeigt, daß der Theorie des Pfandrechtsvorbehalts die innere Folgerichtigkeit fehlte und schon aus diesem Grunde nichts dazu nötigte, sich bei der rechtlichen Konstruktion des pactum reservati dominii derart weit vom Vertragswortlaut und der hierin zum Ausdruck gebrachten Absicht der Parteien zu entfernen. Schließlich entzog die partikularrechtliche Gesetzgebung der zu Beginn des 19. Jahrhunderts ohnehin wissenschaftlich widerlegten und überholten Theorie des Pfandrechtsvorbehalts vollends den Boden. Für den Bereich des Liegenschaftsrechts hatte der Eigentumsvorbehalt bei Grundstücksübereignungen durch die Hypothekengesetzgebung

---

1) So etwa Duncker, Rheinisches Museum für Jurisprudenz Bd. 5 (1833), S. 73, vor allem in Auseinandersetzung mit der älteren Literatur.

2) Vgl. etwa D 18, 6, 8 pr. (Paulus) "nam perfecta emptione periculum ad emptorem respicit."

seine Bedeutung verloren.[1] Für den Kreditkauf beweglicher Sachen mußte der Pfandrechtsvorbehalt als Sicherungsmittel ausscheiden, weil die Wiedereinführung des Faustpfandprinzips ein Pfandrecht des Verkäufers an der dem Käufer übergebenen Sache ausschloß.

II. Nach einer anderen, auch im 19. Jahrhundert noch weit verbreiteten Ansicht wurde der Eigentumsvorbehalt als auflösend bedingte Eigentumsübertragung erfaßt.[2] Für die Richtigkeit dieser Auffassung wurden voneinander sehr abweichende Begründungen angeführt, die zum Teil die zunehmende Verfeinerung zivilistischer Konstruktionstechnik, aber auch die hiermit verbundenen Gefahren begriffsjuristischer Methodik deutlich widerspiegelten. Noch S c h w e p p e führte für die Richtigkeit seiner Ansicht, beim pactum reservati dominii erwerbe der Verkäufer, wenn es seine Sicherheit erfordere, das Eigentum nach Art des sogenannten dominium revocabile ex tunc zurück, überhaupt keine Begründung an.[3] T h i b a u t begnügte sich dagegen mit der Feststellung[4] das pactum reservati dominii sei seinem Geist nach ein Resolutivvertrag, der das Eigentum bei Insolvenz des Käufers auf den Verkäufer zurückfallen lasse. Erst M ü l l e r unternahm dann mit einer

---

1) Allerdings mag es zur Stützung der Theorie des Pfandrechtsvorbehalts beigetragen haben, daß einige Hypothekengesetze den Eigentumsvorbehalt in seiner Wirkung auf den Vorbehalt einer Hypothek ausdrücklich beschränkten. Vgl. hierzu oben S. 50 Fußn. 1, 2, 3. Vgl. hierzu auch Cohen GrünhutsZ Bd. 21 (1894), S. 710; ähnlich Duncker, Rheinisches Museum für Jurisprudenz Bd. 5 (1833), S. 183 unter Hinweis auf die Regelung der sächsischen Prozeßordnung von 1622.

2) Hauptvertreter dieser Ansicht waren Schweppe Bd. 2, S. 123; Thibaut Bd. 1, S. 142; Müller AcP Bd. 12 (1829), S. 247 ff; Hofmann AcP Bd. 18, S. 254 ff; Leonhardt S. 232 ff; Leist, S. 44 ff und S. 52 ff; Windscheid Bd. 1, S. 891.

3) Vgl. Schweppe Bd. 2, S. 123 unter Hinweis auf Schilter.

4) Vgl. Thibaut Bd. 1, S. 142.

im Jahre 1829 erschienenen Abhandlung[1] den ersten breiter angelegten Versuch, die Theorie der auflösend bedingten Eigentumsübertragung umfassend zu begründen.[2] Den Schlüssel zu seiner Theorie glaubte Müller in dem Begriff des Kreditgeschäfts gefunden zu haben. Ein Kreditgeschäft liege - so definierte Müller -[3] nur dann vor, wenn eine geschuldete Leistung trotz Fälligkeit nicht eingefordert werde. Da das pactum reservati dominii seinem Zwecke nach ein Kreditgeschäft sei, sehe der Verkäufer von der Geltendmachung seiner an sich fälligen Kaufpreisforderung ab. Eine fällige Kaufpreisforderung ab. Eine fällige Kaufpreisforderung könne dem Verkäufer jedoch nur zustehen, wenn der Käufer bereits Eigentümer geworden sei, da eine Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises nur Zug zum Zug gegen Übertragung des Eigentums bestehe. Daher lasse sich das pactum reservati dominii - wolle man es mit seinem Sicherungszweck und dem Begriff des Kreditgeschäfts in Einklang bringen - nur als Resolutivvertrag verstehen, da bei dieser Konstruktion der Käufer ja schon Eigentümer werde. Zwar ließ sich gegen diese Deduktion wenig einwenden, wenn man ihren Ausgangspunkt akzeptierte, daß es sich beim pactum reservati dominii um ein Kreditgeschäft im Sinne der Definition Müllers[4] handelte. Gerade für die Richtigkeit seiner Prämisse blieb Müller den Beweis jedoch schuldig. Insbesondere zog er nicht in Betracht, daß bei wirtschaft-

---

1) Vgl. AcP Bd. 12 (1829), S. 247 ff

2) Der Aufsatz Müllers ist vornehmlich gegen die von Gensler im AcP Bd. 2 (1819), S. 291 aufgestellten Thesen gerichtet. Vgl. hierzu unten S.

3) A.a.O., S. 253 f.

4) Die Definition Müllers übernahm auch Thorsch, S.22. Thorsch sieht im pactum reservati dominii die ausdrückliche Negation einer Kreditgewährung. Der Eigentumsvorbehalt soll daher gerade die gesetzliche Regelung zur Geltung bringen, daß das Eigentum nur bei Leistung oder aber Stundung des Kaufpreises auf den Erwerber übergeht. Vgl. a.a.O. S. 28 ff.

licher Betrachtungsweise eine Kreditgewährung auch schon dann vorlag, wenn der Verkäufer ohne den Kaufpreis zu erhalten, den Kaufgegenstand aus der Hand gab, dem Käufer also bereits sämtliche Gebrauchs- und Nutzungsvorteile der Sache einräumte. Auch konnte in den Quellen die These, der Verkäufer schulde dem Käufer Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises Eigentumsverschaffung, nicht eindeutig belegt werden. Das römische Recht ließ den Verkäufer nur dafür einstehen, daß der Käufer die Kaufsache haben und behalten konnte.[1] Aus diesen Gründen stieß der Versuch Müllers, die Theorie der auflösend bedingten Eigentumsübertragung konstruktiv[2] zu begründen, auf einige Widersprüche.

Ein methodisch ähnlich angelegter Versuch H o f m a n n s[3] konnte sich noch weniger durchsetzen. Das war schon deshalb der Fall, weil die Deduktion Hofmanns nur für den schuldrechtlichen Teil des pactum reservati dominii einen Resolutivvertrag ergab, so daß für den Käufer bei Eintritt der Bedingung nur eine obligatorische Verpflichtung zur Rückübereignung bestand. Angesichts dieses geringen Sicherungseffektes war die Theorie Hofmanns für die Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs praktisch unbrauchbar.[4] Ähnlich wie die

---

1) Vgl. D. 45, 1, 38 pr. (Ulpian)

2) Vgl. z.B. v. Vangerow Bd. 1, S. 501 f, der sich vor allem gegen die These Müllers wendet, bei Annahme einer Suspensivbedingung liege kein Kreditvertrag mehr vor.

3) In AcP Bd. 18 (1835), S. 254 ff.

4) Gegen das bislang einheitlich vertretene Ergebnis einer dinglichen Wirkung des Eigentumsvorbehalts führte Hofmann lediglich ins Feld, daß von der Richtigkeit dieses Ergebnisses kraft Gewohnheitsrechts wegen der Streitfragen um die rechtliche Bedeutung des pactum reservati dominii nicht ausgegangen werden könne. Vgl. a.a.O. S. 265. - Damit warf er die Frage nach der geschichtlichen Entstehung des Eigentumsvorbehalts mit der Frage nach dessen rechtlichen Konsequenzen zusammen. Im übrigen läßt der Versuch Hofmanns auch ganz allgemein erkennen,daß er den Entstehungsursachen des Eigentumsvorbehalts kaum Rechnung trägt.

Vertreter der Pfandrechtsvorbehaltstheorie stützte Hofmann seine Ansicht auf die aus der Stelle D 18, 1, 8o, 3 abgeleiteten These, daß die Übertragung des Eigentums zum Wesen des Kaufvertrages gehöre.[1] Daher sei - so entwickelte Hofmann weiter - [2] die Absicht der Parteien, wirksam zu verkaufen, mit der Absicht, das Eigentum erst bei Bezahlung des Kaufpreises zu übertragen, unvereinbar. Aus der Tatsache, daß ein Kauf ohne Eigentumsübertragung nicht denkbar und daß umgekehrt ein Vertrag, der einen Eigentumsübergang ausschließe, kein Kaufvertrag sei, ergebe sich weiter, daß auch ein späterer Eigentumsrückfall dem Wesen des Kaufvertrages entgegenstehe.[3] Dies führe zwangsläufig zu der Annahme, daß der Kreditkauf unter Eigentumsvorbehalt dem Verkäufer bei Nichtzahlung des Kaufpreises nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückübereignung gebe, mithin nur der Kaufvertrag auflösend bedingt sei.[4] Angesichts der Tatsache, daß die Stelle D 18, 1, 8o, 3 sich schon für die Theorie des Pfandrechtsvorbehalts als wenig tragfähige Grundlage erwiesen hatte, war die Ansicht Hofmanns somit nicht nur praktisch unbrauchbar[5], sondern auch

---

1) Vgl. Hofmann, a.a.O., S. 257, 26o, 265.

2) A.a.O., S. 262.

3) Vgl. a.a.O., S. 264.

4) Vgl. a.a.O., S. 264 - Nach Ansicht Hofmanns unterscheidet sich daher der Eigentumsvorbehalt auch nicht von der lex commissoria. Denn er hatte nur den Inhalt, daß bei Nichtzahlung des Kaufpreises "kein Kauf mehr Statt finden, die Sache inemta seyn soll." Hieraus erklärte Hofmann weiter, daß das pactum reservati dominii den Römern dem Namen nach noch unbekannt gewesen ist.

5) Daß das pactum reservati dominii nach dieser Theorie nur eine sehr geringe Sicherheit bietet, räumte Hofmann selbst ein. Er schwächte die Konsequenzen seiner Theorie daher dadurch ab, daß er bei Beweis eines entsprechenden Parteiwillens die Vereinbarung einer Suspensivbedingung für die Eigentumsübertragung annahm, die allerdings nicht für den Normalfall des Eigentumsvorbehalts gelten sollte. Dann verneinte er jedoch wiederum den Abschluß eines Kaufvertrages. Vgl. a.a.O., S. 265.

in ihrer dogmatischen Begründung wegen ihres zweifelhaften Ausgangspunktes wenig abgesichert.

Die Theorie des Resolutivvertrages erhielt indessen auch noch von anderer Seite Verstärkung. Hatten Müller und Hofmann versucht, die Konstruktion des Eigentumsvorbehaltskaufs aus dem Rechtsbegriff des Kreditgeschäfts bzw. aus dem des Kaufvertrages zu entwickeln, so war für L e o n h a r d t [1] der Zweck des pactum reservati dominii der Schlüssel zu dessen juristischen Inhalt.[2] Den Zweck des pactum reservati dominii formulierte Leonhardt dahin, daß dem Verkäufer für seine Kaufpreisforderung größtmögliche Sicherheit verschafft werden solle.[3] Nach dem so umschriebenen Vertragszweck grenzte er die juristischen Konstruktionsmöglichkeiten ein und verwarf von vornherein für das pactum reservati dominii solche Rechtswirkungen, die dem Sicherungszweck des Vertrages nicht Rechnung trugen. Gleichzeitig berücksichtigte er auch die Käuferinteressen und verlangte, daß dem Käufer soviel an Dispositionsbefugnis über die Kaufsache einzuräumen sei, wie es das Sicherungsinteresse des Verkäufers gestatte.[4]

Leonhardt erkannte zwar an, daß der Funktion nach für einen solchen Interessenausgleich das Institut des Pfandrechts in Betracht zu ziehen sei. Dieser theoretisch bestehende Lösungsweg blieb ihm jedoch schon deshalb ver-

---

1) In seiner 1843 erschienenen Abhandlung, Das pactum reservati dominii, Teil IV des Werkes "Zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigentum."

2) Leonhardt ging dabei methodisch durchaus richtig vor, da er die juristische Erfassung des pactum reservati dominii als echtes Auslegungsproblem ansah, weil ihm die üblichen Vertragsklauseln nicht eindeutig zu sein schienen (vgl. a.a.O., S. 233). Akzeptiert man diesen Ausgangspunkt, so ist eine Auslegung des Rechtsgeschäfts unter Berücksichtigung seines Zwecks nur konsequent.

3) Vgl. Leonhardt, a.a.O., S. 235.

4) A.a.O., S. 228.

schlossen, weil die Parteien bei Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts seiner Ansicht nach hinreichend deutlich erklärt hatten, die Verkäufersicherung solle darin bestehen, daß der Verkäufer unter Berufung auf sein Eigentum die Sache vom Käufer zurückverlangen könne, falls dieser den Kaufpreis nicht zahle.[1] Innerhalb dieser Grenze hielt sich Leonhardt an den Vertragswortlaut gebunden und ließ nur eine Auslegung des Vertrages zu, die diese Grenzen beachtete. Von solchen Voraussetzungen her kam er fast zwangsläufig zu der Theorie des Resolutivvertrages:[2] Danach wurde der Käufer sofort (auflösend bedingter) Eigentümer und konnte über die Kaufsache verfügen. Demgegenüber war das Sicherungsrecht des Verkäufers nur für den Fall, wo es wirtschaftlich interessierte, - nämlich bei Zahlungsunfähigkeit des Käufers - auch rechtlich relevant.[3] Im übrigen war der Käufer in seinen Interessen von dem Sicherungsrecht des Verkäufers in keiner Weise betroffen. Wenn auch anzuerkennen war, daß Leonhardt eine dem Zweck des pactum reservati dominii besonders gerecht werdende Konstruktion vorgeschlagen hatte[4], so konnte sich eine vom Vertragstext ausgehende Auslegung des Eigentumsvorbehalts mit diesem Ergebnis nicht abfinden. Ihr mußte es nämlich nicht nur darum gehen, den Zweck des pactum reservati dominii zu berücksichtigen. Dieser Zweck konnte bestenfalls nur insoweit Anhaltspunkt bei der juristischen Interpretation sein, wie der Parteiwille in den abgegebenen Vertragserklärungen nur unvollkommen Ausdruck gefunden hatte. Diesem Parteiwillen hatte eine Rechtstheorie,

---

1) Vgl. a.a.O., S. 226.

2) A.a.O., S. 232 ff, wobei Leonhardt als Zeitpunkt des Bedingungseintritts nicht den des Zahlungsverzuges, sondern den der Insolvenz des Käufers wählte.

3) Das hatte für Leonhardt, a.a.O., S. 252, die Folge, daß dem Vorbehaltskäufer auch die öffentlich-rechtlichen Befugnisse zustanden, die z.B. an das Grundstückseigentum geknüpft waren.

4) Das Ergebnis Leonhardts fand insbesondere bei Windscheid Zuspruch. Vgl. Windscheid Bd. 1, S. 891, Fußn. 18 a; in jüngster Zeit wiederaufgenommen hat die Konstruktion des Resolutivvertrages Georgiades, S. 153 ff.

in der der Grundsatz der Privatautonomie zum Zentralbegriff wurde, bei der Auslegung von Rechtsgeschäften in erster Linie Rechnung zu tragen. Angesichts dieser Tatsache wird es verständlich, daß der Theorie der auflösend bedingten Eigentumsübertragung allein mit der Begründung, sie ermögliche ein zweckgerechtes Ergebnis, ebenfalls nicht zum Durchbruch verholfen werden konnte.

III. Die Schwächen der Theorie des Pfandrechtsvorbehalts und der auflösend bedingten Eigentumsübertragung, insbesondere im Hinblick auf die tatsächliche Handhabung des Eigentumsvorbehalts in der Praxis ließen die Theorie von der aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung im 19. Jahrhundert zur herrschenden Meinung[1] werden. Hier war es zuerst G e n s l e r [2], der im Jahre 1819 die Diskussion in Gang brachte und sich gleichzeitig für die Behandlung des pactum reservati dominii als aufschiebend bedingte Eigentumsübertragung einsetzte. Als entscheidendes Argument für die Richtigkeit der Theorie des Suspensivvertrages berief sich Gensler auf den im Vertragswortlaut zum Ausdruck ge-

---

1) Vgl. Arndts, S. 225 und S. 526; Dernburg, Pandekten Bd. 1, S. 506; Duncker, Rheinisches Museum für Jurisprudenz Bd. 5 (1833), S. 65 ff; Gensler AcP Bd. 2 (1819), S. 291; Geyso LindesZ Bd. 5 (1832), S. 161 ff; Goldschmidt Bd. 1, 2. Abt., S. 846, Fußn. 29; Keller, S. 615; Mühlenbruch Bd. 2, S. 399; Puchta, S. 209, Fußn. f; Vangerow Bd. 1, S. 500 ff; ähnlich auch Sintenis Bd. 1, S. 480, Fußn. 21. Sintenis nimmt allerdings insoweit eine auflösende Bedingung an, wie ihm dies zur Verstärkung der Rechtsposition des Vorbehaltskäufers etwa bei Geltendmachung der rei vindicatio gegenüber Dritten erforderlich zu sein scheint, vgl. im einzelnen Sintenis a.a.O.

2) In AcP Bd. 2 (1819), S. 291 ff.

brachten Parteiwillen.[1] Hierüber dürfe sich auch die juristische Interpretation nicht hinwegsetzen und die Begriffe Eigentum und Vorbehalt entgegen ihrem eigentlichen Sinn auslegen.[2] In rechtlicher Hinsicht bedeute der Eigentumsvorbehalt daher - so argumentierte Gensler weiterhin - nichts anderes, als daß der Verkäufer entgegen der Regel des römischen Rechts sein Eigentum trotz Stundung des Kaufpreises noch nicht verlieren wolle.[3] Die Gültigkeit einer solchen Vereinbarung ergebe sich aus der Befugnis der Parteien "in dem Gebiete des Privatrechts, namentlich bei dem Kauf und Verkauf, von der allgemeinen Regel des Gesetzes abzuweichen". Damit war schon der eigentliche Ausgangspunkt der Theorie der aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung im wesentlichen herausgearbeitet: Entscheidend für die juristische Erfassung des pactum reservati dominii war in erster Linie der Parteiwille. Spätere Erörterungen kamen daher auch immer wieder auf diesen Ausgangspunkt zurück.[4] Maßgeblich für die schnelle Verbreitung der Theorie des Suspensivvertrages waren weiterhin die im Jahre 1832 und 1833 erschienenen Arbeiten G e y s o s[5] und D u n c k e r s[6].

---

1) Ähnlich auch Vangerow Bd. 1, S. 500. "Da keine besonderen Gesetze für diesen Nebenvertrag vorliegen, so muß bloß die aus den Worten hervorgehende Absicht der Kontrahenten entscheiden."

2) Vgl. Gensler a.a.O., S. 291.

3) Vgl. a.a.O., S. 292 unter Hinweis auf die Stellen J. 2, 1, 41 und D. 14, 4, 5, 18 (Ulpian), D. 18, 1, 19 (Pomponius); vgl. auch oben S. 22

4) Vgl. etwa Geyso in LindesZ Bd. 5 (1832), S. 163 "Angesehene Rechtslehrer wollen zuvor aus dem Geiste und Zwecke des pactum reservati dominii herleiten, daß durch dasselbe nur der Rückfall des Eigentums bedungen werde. In Verträgen herrscht aber nur der Geist, welcher die Kontrahenten bei der Abschließung derselben beseelt, und es liegt ihnen nur der Zweck zum Grunde, welchen jene durch sie erreichen wollen."

5) Geyso in LindesZ Bd. 5 (1832), S. 161 ff.

6) Duncker in Rheinisches Museum für Jurisprudenz Bd. 1 (1833), S. 65 ff und S. 160 ff.

Ihnen gelang es vor allem, die dogmatischen Grundlagen der Theorien des Pfandrechtsvorbehalts und der auflösend bedingten Eigentumsübertragung mit überzeugenden Argumenten zu erschüttern.[1] Als in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts auch die Rechtsprechung verstärkt mit dem Eigentumsvorbehaltskauf befaßt wurde, hatte sich schon der entscheidende Durchbruch der Theorie von der aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung vollzogen. Ihr neigte daher auch die anfangs noch uneinheitliche[2] Rechtsprechung zu.[3] Die abschließende Kodifizierung des Eigentumsvorbehaltskaufs in § 455 BGB enthielt somit nur die Zusammenfassung der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre in Paragraphenform.

---

1) Vgl. insbesondere Duncker, a.a.O., S. 72 ff.

2) Für Unwirksamkeit des Eigentumsvorbehalts z.B. OAG Dresden in Seuff Arch. Bd. 1 (1847), S. 339; für Pfandrechtsvorbehalt OAG Dresden in Seuff Arch Bd. 23 (1870), S. 220; ähnlich OAG Darmstadt in Seuff Arch. Bd. 10 (1856), S. 25; für auflösende Bedingung OAG Rostock Seuff Arch Bd. 17 (1864), S. 223.

3) So OAG Celle Seuff Arch Bd. 1 (1847), S. 195;
OAG Darmstadt Seuff Arch Bd. 6 (1853), S. 190;
OAG Lübeck Seuff Arch Bd. 7 (1853), S. 180;
OAG Kassel Seuff Arch Bd.10 (1856), S. 337;
OAG Oldenburg Seuff Arch Bd. 18 (1865), S. 18;
OAG München Seuff Arch Bd. 24 (1871), S. 319;
OAG Oldenburg mit besonders ausführlicher Begründung in Seuff Arch Bd. 25 (1872), S. 362 ff
RGZ 7, 149; 9, 170.

## Zweiter Teil

## Die Grundlagen für die Entwicklung des Anwartschaftsrechts in der gemeinrechtlichen Bedingungslehre

### § 6 Anwartschaften beim bedingten Rechtsgeschäft im römischen Recht

Während die rechtliche Ausformung des Eigentumsvorbehaltskaufs und seine Verbreitung im Geschäftsverkehr vorwiegend durch praktische Bedürfnisse geprägt und gekennzeichnet war, bot die Rechtsentwicklung des bedingten Rechtsgeschäfts als weitere Grundlage für die Ausbildung der Käuferanwartschaft ein gänzlich anderes Bild. Träger dieser Entwicklung war die Rechtswissenschaft, insbesondere die gemeinrechtliche Wissenschaft des 19. Jahrhunderts, deren Bedingungslehre den entscheidenden Anstoß für eine Untersuchung anwartschaftlicher Rechtslagen gab. Den Ergebnissen der gemeinrechtlichen Bedingungslehre verdankt das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers daher im wesentlichen seine theoretische Grundlegung.

Ausgangspunkt und Hauptgegenstand der gemeinrechtlichen Bedingungslehre waren die überkommenen römischrechtlichen Grundsätze zum bedingten Rechtsgeschäft, die der gemeinrechtlichen Doktrin, insbesondere in dogmatisch-systematischer Hinsicht noch ein weites Experimentierfeld offen ließen.

Für das vorklassische römische Recht ist der Gebrauch einzelner aufschiebend bedingter Rechtsgeschäfte[1] schon in

---

1) Bedingung im technischen Sinne (condicio) war bei den Römern nur die aufschiebende Bedingung. Vgl. Kaser, Bd. 1, S. 219.

den Zwölftafeln belegt.[1] Im klassischen Recht kam die aufschiebende Bedingung bei Geschäften aller Art vor.[2] Auch das Gesetzgebungswerk Justinians ging von diesem Rechtszustand aus[3] und griff auf die Bedingungslehre der Klassiker zurück.[4] Hiernach trat bei Verfügungsgeschäften unter aufschiebender Bedingung zunächst keine unmittelbare Änderung der Rechtslage ein.[5] Vielmehr herrschte bis zum Zeitpunkt des Bedingungseintritts ein Schwebezustand: condicio pendet. Erst mit Eintritt der Bedingung wurde die Verfügung wirksam.[6] Die nähere rechtliche Ausgestaltung des Schwebezustandes läßt eine Reihe von Ansatzpunkten erkennen, die auf ein Vorhandensein anwartschaftlichen Denkens hindeuten.[7]

---

1) Ulp. 2, 4 (Fall der bedingten testamentarischen Freilassung als "statuliber"). Vgl. auch Kaser, Bd. 1, S. 99 und S. 219; Jörs-Kunkel, S. 84, Fußn. 2.

2) Bedingungsfeindlich waren nur die sogenannten "actus legitimi" wie mancipatio, acceptilatio, hereditas aditio, servi optio, datio tutoris; vgl. D. 50, 17, 17 (Papinian); vgl. hierzu auch Siber, Bd. 2, S. 419.

3) Zwischenzeitlich hatten sich im wesentlichen Vulgarrecht die klassischen Begriffe aufgelöst. Vgl. Kaser, Bd. 2, S. 64, m.w.N.

4) Hierbei wurden jedoch die Schwebewirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts bereits verstärkt. Vgl. Kaser, a.a.O., Fußn. 8.

5) Vgl. Jörs-Kunkel, S. 85.

6) Und zwar nach klassischem Recht ohne Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts, so die h.M., vgl. Jörs-Kunkel, S. 85 m.w.N. Auch für die weitere Rechtsentwicklung sind die Quellenbelege für eine Rückwirkung der erfüllten Bedingung spärlich und unsicher; Vgl. z.B. D. 12, 1, 8 (Pomponius); D. 20, 4, 11, 1 (Gaius); D. 18, 1, 8 pr. (Pomponius); D. 45, 3, 26 (Paulus).

7) Vgl. Jörs-Kunkel S. 85.

Aus der Tatsache, daß das bedingte Rechtsgeschäft erst bei Bedingungseintritt wirksam wurde, ergab sich zwar, daß etwa der Veräußerer unter einer aufschiebenden Bedingung zunächst noch Eigentümer der veräußerten Sache blieb.[1] Er konnte sie vorläufig noch wirksam anderweitig übereignen, verpfänden oder mit Servituten belasten.[2]

Demgegenüber war der bedingt berechtigte Erwerber jedoch nicht schutzlos. Alle Zwischenverfügungen des Veräußerers fielen bei Bedingungseintritt in sich zusammen, wenn sie das Recht des Erwerbers beeinträchtigten.[3] Auch wurde der Bedingungseintritt fingiert, falls der Gegner ihn vereitelte.[4] Zur rechtlichen Verselbständigung der Position des bedingt Berechtigten trug es weiterhin bei, daß ihre Vererblichkeit ebenso wie ihre Bestandskraft gegenüber den Erben des Geschäftsgegners anerkannt war.[5] Die von diesem Standpunkt aus nur folgerichtige Anerkennung der rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit und Belastbarkeit der Rechtsstellung aus bedingtem Rechtsgeschäft läßt sich dagegen anhand der Quellen nicht belegen.

Trotz dieser in den Schwebewirkungen beim bedingten Rechtsgeschäft zum Ausdruck gebrachten anwartschaftlichen Vor-

---

1) D. 40, 7, 16 (Ulpian); D. 18, 6, 8 pr. (Paulus); vgl. auch Kaser, Bd. 1, S. 220.

2) Vgl. Kaser, a.a.O., unter Hinweis auf D. 30, 69, 1 (Gaius); D. 20, 1, 13, 1 (Marcius); D. 35, 1, 105 (Pomponius); D. 8, 6, 11, 1 (Marcellus).

3) Vgl. Jörs-Kunkel, S. 85; Siber, Bd. 2, S. 421; von Anfang an völlig wirkungslos waren dagegen solche Maßnahmen, die endgültig wirkten, wie etwa eine Freilassung eines bereits bedingt veräußerten Sklaven; vgl. die Quellenbelege bei Jörs-Kunkel, a.a.O.

4) D. 35, 1, 24 (Julian); D. 50, 17, 161 (Ulpian); D. 18, 1, 50 (Ulpian).

5) nach h.M. ist eine Vererblichkeit schon im klassischen Recht anerkannt. Vgl. Kaser, Bd. 1, S. 220; Jörs-Kunkel, S. 86; Siber, Bd. 2, S. 422.

stellungsinhalte, ist es dem römischen Recht nicht gelungen, über die Schwebewirkungen zu einer theoretischen Durchbildung anwartschaftlicher Rechtslagen zu gelangen.[1] Da die römischen Juristen das Schwergewicht ihrer Tätigkeit eindeutig auf die Erörterung und Entscheidung praktischer Einzelfälle legten[2], wäre dies auch kaum möglich gewesen. Der Schutz künftiger Rechte schon zur Zeit der Bedingungsschwebe durch eine Anzahl von Vorwirkungen wurde daher in kasuistischer Weise ausgebildet[3] und erst im Laufe eines längeren Entwicklungsprozesses zunehmend verfestigt.[4] Demgegenüber hätte eine Ableitung des Bedingungsschutzes aus allgemeinen Prinzipien zwangsläufig mit der im römischen Recht bereits streng durchgeführten Scheidung subjektiver Rechte in Forderungs- und Herrschaftsrechte[5] kollidieren müssen.

Denn diese Begriffe waren für die Charakterisierung des Rechtszustandes pendente condicione unzureichend, da sich der Bedingungsschutz allenfalls aus der Anerkennung eines Zwischenrechtsstadiums, nicht aber aus einem noch nicht vorhandenen Vollrecht ableiten ließ. Die größere Freiheit der römischen Juristen gegenüber dogmatischen Grundsätzen und der kasuistische Ansatz bei der Entwicklung des Bedingungsschutzes ließen diese Bruchstelle innerhalb eines Systems subjektiver Rechte jedoch nicht offenbar werden.

So gesehen bestand für das römische Recht kein Anlaß, in dogmatischer Hinsicht die Konsequenzen zu ziehen, die mit

---

1) Vgl. Kaser, S. 220, Fußn. 8; Siber, Bd. 2, S. 421.

2) Vgl. Kaser, Bd. 1, S. 188 f.

3) Vgl. Jörs-Kunkel, S. 85; weitere Nachweise a.a.O., Fußn. 12.

4) Zu den Verstärkungen der Schwebewirkungen im Gesetzgebungswerk Justinians vgl. Kaser, Bd. 2, S. 64, und ebenda Fußn. 8.

5) Vgl. Jörs-Kunkel, S. 60 ff.; Kaser, Bd. 1, S. 197.

der Anerkennung der Schwebewirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts korrespondierten.[1)]

Zusammenfassend läßt sich daher sagen, daß das römische Recht beim bedingten Rechtsgeschäft eine rechtlich geschützte Anwartschaft anerkannt und die Grenzen ihrer praktischen Erscheinungsformen durch die Entwicklung einer Reihe von Schwebewirkungen abgesteckt hatte. Diese Ansätze für ein anwartschaftliches Denken waren jedoch weder theoretisch durchgebildet, noch in einem System subjektiver Rechte dogmatisch abgesichert. Von daher eröffnete sich der gemeinrechtlichen Bedingungslehre eine breite Ausgangsbasis für eine dogmatische Bewältigung der Schwebewirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts.

## § 7 Der Stand der gemeinrechtlichen Bedingungslehre in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts

Auf Grund seiner Praxisbezogenheit und Praxisnähe war es den römischen Juristen hauptsächlich darum zu tun gewesen, Ergebnisse für den konkreten Einzelfall zu entwickeln, so daß sich die Frage nach der systematischen Einordnung der Schwebewirkungen nicht oder zumindest nicht vordringlich stellte. Hiervon grundverschieden waren die Absichten und Ziele der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts.[2)] Sie gewann ihre Entscheidungen mit Hilfe logischer Deduktionen, die sich auf das Rechtssystem und die diesem zugrunde liegenden Rechtsbegriffe stützten.[3)]

---

1) Auch für den Versuch, die Schwebewirkungen mit einer Rückwirkung des Bedingungseintritts theoretisch zu bewältigen, fehlt es an glaubwürdigen Spuren. Vgl. Kaser, Bd. 1, S. 220, Fußn. 9 und Bd. 2, S. 64 f m.w.N.

2) Vgl. hierzu Wieacker, S. 372 ff.

3) Vgl. Wieacker, a.a.O.; Wesenberg, S. 149 ff; Koschacker, S. 275 ff.

Hierzu galt es, ein System zu entwickeln[1], in das sich die Kasuistik des römischen Rechts einordnen ließ.

Von diesem rechtswissenschaftlichen Ansatz her mußte die gemeinrechtliche Bedingungslehre bei dem Versuch, die Schwebewirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts systematisch zu erfassen und einzuordnen, zwangsläufig auf Schwierigkeiten stoßen. Denn anders als im römischen Recht konnte es nicht verborgen bleiben, daß die Anerkennung von Schwebewirkungen zu der als vorgegeben angesehenen Unterscheidung subjektiver Rechte in Forderungs- und Herrschaftsrechte in Widerspruch stand. Insbesondere mußte sich die Frage aufdrängen, wie im Falle des aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfts vor Bedingungseintritt etwas, was seinem systematischen Standort nach weder Forderungs- noch Herrschaftsrecht war, schon Rechtswirkungen äußern konnte.

Trotz dieser im Hinblick auf die Schwebewirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts naheliegenden Frage bestand für die gemeinrechtliche Bedingungslehre zunächst jedoch kein Anlaß, ihr System grundlegend zu überprüfen und sich näher mit dem noch in der Entwicklung befindlichen Recht zu befassen. Dies war darauf zurückzuführen, daß die ältere Lehre nahezu einhellig die Ansicht vertrat, nach römischem Recht wirke die von der Bedingung abhängig gemachte Rechtsfolge bei Bedingungseintritt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück.[2] Mit Hilfe der Rückwirkungstheorie ließen sich die Schwebewirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts erklären und systematisch erfassen, ohne daß die Grundvorstellung, das Rechtssystem kenne nur

---

1) Vgl. hierzu Koschaker, a.a.O., S. 281 f.

2) So die in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts absolut h.M.; vgl. z.B. Mühlenbruch, Bd. 1, S. 213 und Bd. 3, S. 269; Puchta, S. 88; Savigny System III, S. 152; Schweppe, Bd. 1, S. 257; Sintenis, Bd. 1, S. 173; Thibaut, Bd. 1, S. 74; Vangerow, Bd. 1, S. 116.

Forderungs- und Herrschaftsrechte, aufgegeben zu werden brauchte. War beispielsweise bei einer aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung die Bedingung eingetreten, so hatte sich nachträglich herausgestellt, daß der Erwerber bereits bei Vornahme des Geschäfts Eigentum erlangt hatte, der Veräußerer seit diesem Zeitpunkt Nichtberechtigter geworden war. Aus diesem Grunde waren daher anderweitige Verfügungen des Veräußerers während des Schwebens der Bedingungen unwirksam. Fiel dagegen die Bedingung endgültig aus, so erwies sich, daß der Veräußerer durch die bedingte Eigentumsübertragung nichts von seinen Rechten eingebüßt hatte, der Vertragsgegner also von Anfang an auch nichts erworben haben konnte.

Das Dogma von der rückwirkenden Kraft der eingetretenen Bedingung und die hieraus gewonnene theoretische Begründung der Schwebewirkungen beim bedingten Rechtsgeschäft wurde zunächst allein auf die Autorität der römisch-rechtlichen Quellen gestützt.[1)]

---

1) Hauptbeweisstück war dabei die Stelle D. 18, 6, 8 (Paulus): "Quodsi sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicut nec stipulatio.
Quodsi pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si extiterit condicio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam constracta emptione in praeteritum. Quodsi pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore, et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt, sicuti stipulationes et legata condicionalia perimuntur, si pendente condicione res extincta fuerit. Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emptoris."

Als jedoch erstmals Versuche unternommen wurden[1], den inneren Grund für eine im römischen Recht angeordnete Rückwirkund der Bedingung aufzudecken, zeigte sich, daß die gekünstelte Betrachtungsweise der Rückwirkungstheorie nicht voll befriedigte. Obwohl man an ihr allgemein noch festhielt, blieben die Versuche, die Richtigkeit der Rückwirkungstheorie auch durch einen inneren Geltungsgrund zu belegen, im wesentlichen ohne Ergebnis. So bemerkte Thibaut[2] - selbst Vertreter der Rückwirkungstheorie -[3], es lasse sich "kaum ein mittelmäßig guter Grund" für diese "Sonderbarkeit" des römischen Rechts denken. Ähnlicher Ansicht war auch S e l l , der in seiner im Jahre 1839 erschienenen Monographie über bedingte Traditionen[4] noch einmal mit besonderer Sorgfalt versucht hatte, die herrschende Lehre auf das römische Recht zurückzuführen.[5] Im allgemeinen begnügte man sich daher mit der Vermutung, das römische Recht müsse einen der Rückwirkungstheorie entsprechenden Parteiwillen präsumiert haben.[6] Gerade diese Erklärung konnte jedoch nicht befriedigen, da sich in der gemeinrechtlichen Praxis vielfach das Bedürfnis gezeigt hatte, dem unter einer Bedingung Verfügenden vor Eintritt der Bedingung die Ausübung des Rechts zu gestatten und ihm die vor Bedingungseintritt noch gezogenen Nutzungen zu belassen.[7] Diesem Bedürfnis konnte jedoch die reine

---

1) So bei Thibaut, Civilistische Abhandlungen, S. 366; Sell, S. 1oo ff; Vangerow Bd. 1, S. 116.

2) Civilistische Abhandlungen, S. 366.

3) A.a.O. und Band 1, S. 75.

4) Vgl. Sell S. 1oo ff.

5) Insbesondere noch unter Hinweis auf D. 45, 3, 4o (Pomponius); D. 45, 1, 79 (Ulpian); insbesondere für aufschiebend bedingte Eigentumsübertragen unter Hinweis auf D. 12, 1, 8 (Pomponius) und D. 34, 5, 15 (Marcianus); Vgl. Sell, S. 1o5 ff.

6) Vgl. etwa Sintenis Pfandrecht, S. 369; Sell, S. 1o3.

7) Vgl. hierzu Schweppe, Bd. 1, S. 258; Vangerow, Bd. 1, S. 116.

Rückwirkungstheorie nicht mehr gerecht werden, denn wenn sich mit Bedingungseintritt herausstellte, daß z.B. der aufschiebend bedingt berechtigte Erwerber bereits bei Vornahme des Rechtsgeschäfts Rechtsinhaber geworden war, so standen ihm auch seit diesem Zeitpunkt die Nutzungen zu.[1] Um dieser Konsequenz auszuweichen, wurde die Rückwirkungstheorie daher teilweise dahin modifiziert, daß eine Rückwirkung nur für den Erwerb des bedingten Rechts, nicht aber für dessen Ausübung und Nutzung angenommen wurde.[2] Trotz der Abstriche, die praktische Erfordernisse der Rückwirkungstheorie abverlangten, und der mangelhaften Klärung des Geltungsgrundes blieb das Dogma von der rückwirkenden Kraft der eingetretenen Bedingung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts nahezu unangefochten. Die vereinzelten Anzeichen, die auf eine Erschütterung dieses Dogmas hindeuteten[3], konnten jedoch solange nicht den Anstoß zu einer neuen Entwicklung geben, wie die Vereinbarkeit der Rückwirkungstheorie mit den Quellen des römischen Rechts in der Rechtswissenschaft noch außer Zweifel stand. Daher war der gemeinrechtlichen Doktrin in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts der Weg zu einer näheren Untersuchung und Beleuchtung anwartschaftlicher Rechtslage noch versperrt.

## § 8 Die Entwicklung der Anwartschaft in der gemeinrechtlichen Bedingungslehre während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts

Die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts brachte für die Erfassung der Schwebewirkungen beim bedingten Rechtsgeschäft eine deutliche Wende und gleichzeitig den Beginn für eine Verbreitung anwartschaftlichen Denkens. Diese Entwicklung

---

1) So konsequent Thibaut Civilistische Abhandlungen, S. 362ff.
2) So Vangerow, Bd. 1, S. 116.
3) Zweifel vor allem bei Schweppe, Bd. 1, S. 258.

wurde dadurch eingeleitet, daß die Rückwirkungstheorie auch in ihrem Zentrum angegriffen wurde und man ihre Bestätigung durch die Quellen des römischen Rechts bestritt. Dabei mögen die Zweifel an einem inneren Grund für die Rückwirkung der erfüllten Bedingung den ersten Anlaß gegeben haben, die Richtigkeit der Rückwirkungstheorie anhand der Quellen erneut zu überprüfen.

I. Nach mehreren ohne Beachtung gebliebenen Versuchen[1] eröffnete W i n d s c h e i d im Jahre 1851[2] den ersten umfassenden Angriff auf die Theorie von der rückwirkenden Kraft der Bedingung.[3] Windscheid setzte hiermit eine der umfangreichsten Diskussionen des Pandektenrechts in Gang, die bis zum Erlaß des BGB in unverminderter Stärke anhielt.[4] Neben der Diskussion um die Richtigkeit der Rückwirkungstheorie hatte der Angriff Windscheids jedoch auch noch einen anderen Effekt. Denn mit der Ablehnung der Rückwirkungsfiktion war zugleich die theoretische Erklärungsmöglichkeit der Schwebewirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts entfallen. Die Gegner der Rückwirkungstheorie mußten daher nach einer neuen dogmatischen Verankerung dieser Schwebewirkungen suchen. Dies hatte zur Folge, daß man in allgemeinerem Rahmen um eine exakte dogmatische Durchdringung des Bedingungsschutzes bemüht war und so dem Rechtszustand vor Entstehung des Vollrechts größere Bedeutung schenkte. Von hier nahm daher die moderne Anwartschaftslehre ihren Ausgang.

---

1) So z.B. Blume, S.59; Kritz Pandekten Bd. 3, S. 336 ff (zit. nach Windscheid, Bedingung S. 5); weniger allgemein und nur auf bedingte Eigentumsübertragung beschränkt Schweppe, Bd. 1, S. 257 f.

2) Windscheid, Die Wirkung der erfüllten Bedingung; Ergänzungen hierzu in AcP Bd. 35 (1852), S. 51 ff; und Heidelb. KrZ Bd. 4 (1857), S. 35 ff.

3) Gegen die Rückwirkungstheorie führte Windscheid insbesondere folgende Quellenbelege an: D. 39, 6, 2 (Ulpian) Schenkung auf den Todesfall; D. 23, 3, 7, 3 (Ulpian) Geben einer dos; D. 36, 2, 22 pr. (Pomponius) bedingtes Legat.

4) Vgl. die Literaturübersicht bei Windscheid Bd. 1, S.474, Fußn. 1.

Das Verdienst Windscheids, hierzu den Anstoß gegeben zu haben, ist in erster Linie darin begründet, daß er mit seinem Angriff auf die Rückwirkungstheorie erstmald die theoretische Ableitung der Schwebewirkungen der Bedingung vom Rückwirkungsdogma löste und so den Weg zu einer ungekünstelten Betrachtungsweise frei machte, die sich von dem Ansatz der Rückwirkungstheorie abhob.[1] Demgegenüber gelang es Windscheid jedoch nicht, mit Hilfe eines neuen, eigenen Deutungsversuches den Bedingungsschutz theoretisch hinreichend und befriedigend zu begründen. Dazu waren Windscheids Thesen noch zu wenig differenziert und auf die Modalitäten aller bedingten Rechtsgeschäfte eingestellt. Der Geltungsgrund für die Schwebewirkungen beim bedingten Rechtsgeschäft war für Windscheid eine Gebundenheit des Willens, die auch schon vor Eintritt der Bedingung bestehe.[2] Die Erklärung der Schwebewirkungen aus einer rechtlichen Willensgebundenheit konnte insbesondere in ihrer Anwendung auf bedingte Verfügungsgeschäfte nicht widerspruchslos hingenommen werden.[3] Einerseits deutete nämlich die Annahme einer Gebundenheit des Willens auf eine nur schuldrechtliche Erfassung des Bedingungsschutzes hin. Andererseits aber wollte Windscheid bei bedingten Verfügungsgeschäften die Unwirksamkeit von Zwischenverfügungen, die den bedingt Berechtigten beeinträchtigten, gerade auch aus der bestehenden Gebundenheit des Willens herleiten. Somit fehlte dem Begriff der Gebundenheit eine nähere rechtliche Konkretisierung im Hinblick auf dessen schuld- und sachenrechtliche Konsequenzen.

---

1) Dies veranlaßte Windscheid zu einer differenzierenden Betrachtungsweise im Hinblick auf die Rechtswirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts bei Eintritt der Bedingung und auf die Bindung der Parteien an den sub condicione geschlossenen Vertrag. (Vgl. auch Windscheid, Bd. 1, S. 474, Fußn.1.)

2) Vgl. Windscheid Bedingung, S. 17 ff.

3) Vgl. hierzu etwa Fitting, S. 68, Fußn. 103.

Schließlich machte Windscheid auch noch keine Ausführungen zu der Frage, ob die rechtliche Gebundenheit der einen Vertragspartei beim bedingten Rechtsgeschäft auch eine Kehrseite habe, d.h., ob ihr ein Recht des Geschäftsgegners entspreche. Daher ließ der Deutungsversuch Windscheids noch wichtige Fragen unbeantwortet. Er war jedoch für die Weiterentwicklung der Anwartschaftsrechtslehre insofern bedeutsam, als mit dem Begriff der rechtlichen Gebundenheit bereits die eine der Richtungen aufgezeigt wurde, aus der eine weitere Durchdringung des Problems zu kommen versprach.

II. Mit seiner im Jahre 1856 erschienenen Monographie "Über den Begriff der Rückziehung" gelang F i t t i n g der nächste entscheidende Schritt auf dem Weg zu einer natürlichen Erklärung der Rechtswirkungen vor Bedingungseintritt. Fittings Versuch war ursprünglich nur als Vorarbeit für die Entscheidung des Streits um die Richtigkeit der Rückwirkungstheorie angelegt.[1] Darüber hinaus gelang es jedoch, durch eine gründliche theoretische Analyse des Schwebezustands beim bedingten Rechtsgeschäft die Lehre Windscheids in entscheidenden Punkten auszubauen und zu vervollkommnen. Fitting brillierte dabei durch besondere Exaktheit bei der Begriffsbildung. Er arbeitete zunächst den Begriff der Rückwirkung deutlich heraus und grenzte ihn dann scharf von einem ähnlichen Verhältnis - dem der von ihm so bezeichneten "Vorwirkung" - ab.[2] Rückwirkung - so definierte Fitting - habe Einfluß auf die Vergangenheit eines Rechtsverhältnisses, Vorwirkung dagegen allein auf die Zukunft. Gemeinsam sei beiden Verhältnissen, daß bei der Rückwirkung wie bei der Vorwirkung erst durch ein später eintretendes Ereignis der vorher bestehende Zustand der Ungewißheit beseitigt werde. Anders

---

1) Vgl. Fitting, S. 1 ff.
2) Vgl. Fitting, S. 21 ff.

als bei einer Rückwirkung entscheide dieses Ereignis im Falle einer Vorwirkung jedoch nicht darüber, "ob ein Rechtsverhältnis ist und war, sondern ob es wird".[1] Mit Hilfe dieser begrifflichen Unterscheidung von Rückwirkung und Vorwirkung vermochte Fitting die Schwebewirkungen beim bedingten Rechtsgeschäft theoretisch zu rechtfertigen, ohne auf die Rückwirkungstheorie zurückgreifen zu müssen. Dies machte er am Beispiel aufschiebend bedingter Eigentumsübertragungen besonders eindrucksvoll klar.[2] Bei Annahme einer Vorwirkung trage im Fall einer aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung die Sache bereits den "Keim" in sich, später bei Bedingungseintritt in das Eigentum des Erwerbers überzugehen. Der Rechtsakt der aufschiebend bedingten Übereignung ergreife daher die Sache selbst und bewirke deren Gebundenheit. Daraus folge, daß das noch beim Veräußerer verbleibende Eigentum ein in sich beschränktes sei. Veräußere daher der "Zwischeneigentümer"[3] die Sache an einen Dritten, so könne dies nur noch in der Weise geschehen, daß er die Sache mitsamt der ihr als objektiver Eigenschaft anhaftenden Gebundenheit weiter übertrage.[4] Aufgrund der Intention seines Versuchs entschied Fitting allerdings nicht, ob bei einer aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung tatsächlich eine Vorwirkung vorliege. Später[5] hat er sich jedoch gegen eine Rückwirkung der Be-

---

1) Vgl. Fitting, S. 22.

2) Vgl. Fitting, S. 62 ff.

3) Vgl. Fitting, S. 63, Fußn. 96.

4) Zur Erläuterung dieses Sachverhalts bediente sich Fitting des Satzes "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet" und dehnte seine Geltung entgegen der bis dahin h.M. (vgl. Puchta, S. 199 ff; Sintenis, Bd. 1, S. 407 ff) auch auf die zeitliche Dauer des erteilten Rechts aus. So kam es zu einem zeitlich beschränkten Eigentum als dessen objektiv rechtlicher Eigenschaft, vgl. a.a.O., S. 66 ff; der Gedanke des Zeitmoments ist zur Erfassung der Schwebewirkungen auch in der Folgezeit immer wieder aufgegriffen und bis zur Aufsplitterung des Vollrechts in zeitliche Teile fortgeführt worden. Vgl. etwa Ihering IherJ Bd. 10 (1871), S. 510; Bekker, Bd. 2, S. 340; Siber KritVJ Schr. Bd. 49 (1911), S. 56 ff; Raape, S. 136 ff; Brecht IherJ Bd. 61 (1912), S. 263 ff; hierzu zuletzt Raiser, S. 67.

5) Vgl. Fitting, ZHR Bd. 2 (1859), S. 255, Fußn. 79.

dingung bei bedingten Eigentumsübertragungen ausgesprochen und damit die Anwendbarkeit seiner Vorwirkungslehre auf bedingte Verfügungen anerkannt.[1] Durch die Annahme einer so gearteten dinglichen Gebundenheit ließ sich die entscheidende Schwäche der Lehre Windscheids überwinden[2], da Fitting den dinglich wirkenden Verfügungsschutz bei bedingten Verfügungsgeschäften anders als Windscheid nicht aus einer Gebundenheit des Willens, sondern aus einer "Gebundenheit der Sache" herleiten konnte.[3]

Demgegenüber war die nähere rechtliche Qualifizierung dieser dinglichen Gebundenheit und ihre systematische Einordnung bei Fitting noch vage und unzulänglich.[4] Hier mußte sich Fitting noch mit Andeutungen begnügen und konnte lediglich darauf verweisen, daß die Vorwirkung ihren systematischen Standort in der Mitte zwischen Vollrecht und Nichtrecht habe. Insbesondere fehlte auch noch der Versuch, die beschriebenen Vorwirkungen aus der Theorie des subjektiven Rechts abzuleiten und sie mit ihr in Einklang zu bringen.

III. In diese Richtung zielten die Untersuchungen I h e r i n g s in seiner 1871 erschienenen Abhandlung[5]

1) Vgl. auch Fitting, AcP Bd. 39 (1856), S.333.

2) Daher auch die überwiegend positive Resonanz auf den Versuch Fittings, vgl. z.B. Scheurl Kr. Überschau Bd. 5, S. 24 ff. und selbst Windscheid Heidelb. KrZ Bd. 4, S. 35 ff.

3) Vgl. a.a.O., S. 68, Fußn. 103, wo Fitting die bei Windscheids Theorie noch fließende Grenze zwischen bedingten Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften deutlich herausarbeitet.

4) Vgl. einerseits a.a.O., S. 105, wo Fitting ausführt, daß von einem Recht des Bedachten vor Eintritt der Bedingung nicht die Rede sein könne und andererseits a.a.O., S. 117 "steht der Gebundenheit der Sache bereits das Recht einer Person auf späteren Eigentumserwerb gegenüber."

5) IherJb Bd. 10 (1871), S. 387 ff.

über passive Wirkungen der Rechte. Ähnlich wie Windscheid war Ihering auf Grund seiner Ablehnung der Rückwirkungstheorie[1] gezwungen, die Schwebewirkungen beim bedingten Rechtsgeschäft theoretisch neu zu begründen. Anfangs hatte Ihering mit der h.M. die Rückwirkungstheorie vertreten.[2] Ansätze zu einer Abkehr von der Rückwirkungstheorie sind bei Ihering allerdings schon bei der Behandlung der bedingten Freilassung bemerkbar.[3] Hier kam Ihering zu dem Ergebnis, daß dem noch sachenrechtlichen Grundsätzen unterliegenden Sklaven eine "absolute und unvertilgbare rechtliche Qualität" zuzuschreiben sei. Diese rechtliche Qualität stelle die "Schale" dar, die den "Keim" der werdenen Person in sich berge und schütze.[4]

Den Schlüssel zu der Begründung der Schwebewirkungen fand Ihering in seiner Abhandlung über passive Wirkungen der Rechte im Begriff des subjektiven Rechts. Von den Wirkungen des Rechts her beleuchtete Ihering den Begriff des subjektiven Rechts nach zwei Seiten und kam zu dem Ergebnis, daß das subjektive Recht aktive und passive Wirkungen äußere. Die aktive Rechtswirkung komme - so führte Ihering aus[5] - in der rechtlichen Stellung zum Ausdruck, die dem Rechtsinhaber zustehe. Dieser könne die mit dem Recht verbundene Herrschaftsmacht ausüben. Von dieser aktiven Seite des Rechts - und hier setzte der entscheidende Vorstoß der Lehre Iherings an - hebe sich jedoch begrifflich eine passive Rechtswirkung ab, die darin bestehe, daß sie je nach Art des das Recht vermittelnden Rechtsverhältnisses Personen oder Sachen ergreife. Durch diese passive Rechtswirkung und das

---

1) Vgl. IherJb Bd. 10, S. 528.

2) Vgl. Ihering, Geist Bd. 3, (1.Aufl.) S. 161.

3) Vgl. Ihering, Geist Bd. 2, S. 170.

4) Auf dieser für den statuliber gemachten Aussage fußt auch der von Fitting entwickelte allgemeine Begriff der rechtlichen Gebundenheit als objektiver Eigenschaft. Vgl. Fitting, S. 72.

5) a.a.O., S. 392 ff.

sie vermittelnde Rechtsverhältnis mache das Recht sein Objekt erst den Zwecken des Rechtsinhabers dienstbar. Daher seien rechtliche Herrschaftsmacht einerseits und rechtliche Gebundenheit andererseits einander entsprechende Begriffe, mit denen sich einmal die aktive und einmal die passive Rechtswirkung charakterisieren lasse.

Diese begriffliche Vorklärung ermöglichte es Ihering, die Schwebewirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts in den Begriff des subjektiven Rechts einzubetten. Während nämlich in der Regel - so stellte Ihering fest - die begriffliche Unterscheidung von aktiven und passiven Rechtswirkungen nicht relevant werde, erweise sie sich doch als praktisch brauchbar. Die Rechtsordnung kenne wie zum Beispiel beim Vorstadium der Bildung eines Rechts Fälle, in denen bereits ein Zustand der Gebundenheit festzustellen sei, dieser Gebundenheit ein berechtigtes Subjekt jedoch noch nicht gegenüberstehe. In solchen Fällen bestehe schon die passive Seite des Rechts, ohne daß gleichzeitig auch schon aktive Rechtswirkungen vorhanden seien. Das zeitige Fehlen aktiver Rechtswirkungen schließe zwar die Annahme eines Rechts aus, da ein berechtigtes Subjekt noch nicht vorhanden sei, nicht aber die Sicherstellung der künftigen Entstehung des Rechts, was Aufgabe der passiven Rechtswirkung sei.[1)]

Ihering konnte so die Schwebewirkungen bei der Bedingung theoretisch vom Begriff des subjektiven Rechts her begründen, indem er sie als passive Rechtswirkungen erfaßte. Es fehlte jedoch an Angaben über den Standort dieser passiven Rechtswirkungen im System sowie über die für sie geltenden Rechtsvorschriften. War die passive Rechtswirkung gleichsam nur eine Seite des Rechts, so bedurfte es einer Klärung, in welchem Verhältnis die passive Rechtswirkung zum gesamten Recht steht. Schließlich war nicht zu verkennen, daß die von Ihering beschriebenen passiven Rechtswirkungen gerade auch zugunsten bestimmter Personen bestanden, insoweit also eine völlige Loslösung von einem Rechtssubjekt nicht anzuerkennen war.

---

1) Vgl. a.a.O., S. 458 ff.

IV. Trotz der Tatsache, daß die Arbeiten Windscheids, Fittings und Iherings keine endgültige theoretische Klärung des Problems herbeizuführen vermochten, weil sie zum Teil noch unter Widersprüchen litten, zum Teil aber auch vor der Behandlung der Kernfragen stehenblieben, waren sie doch bahnbrechend für die Ableitung eines Anwartschaftsrechts aus der Schwebewirkung bei der Bedingung. Wenn in der Folgezeit der Streit um die Richtigkeit der Rückwirkungstheorie auch mit unverminderter Heftigkeit weitergeführt wurde[1], so hatten die Angriffe auf das Rückwirkungsdogma immerhin die Folge, daß auch die Vertreter der Rückwirkungslehre dem Rechtszustand vor Eintritt der Bedingung mehr Beachtung schenkten und ebenso wie ihre Gegner an der rechtlichen Konkretisierung und systematischen Erfassung dieses Schwebezustandes arbeiteten.[2] Dieser Umstand bewirkte, daß die Vertreter der Rückwirkungstheorie bei der Begründung ihrer Ansicht nicht mehr entscheidendes Schwergewicht auf das römische Recht oder auf das Wesen der Bedingung legten. Kernstück ihres Beweisgebäudes war nun, daß der eigentliche Grund für die bei Erfüllung der Bedingung eintretende Rechtswirkung nicht in dem Bedingungseintritt selber, sondern in der schon bei Vornahme des Geschäfts abgegebenen Willenserklärung liege und daß deshalb die Rechtswirkung auf den Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung zurückzubeziehen sei.[3] Von diesem Ausgangspunkt her hatte die Frage, ob nach Eintreten der Bedingung der Schwebezustand nach-

---

1) Für Rückwirkung etwa Brinz, Bd. 4, S. 158 ff; Dernburg, Privatrecht, Bd. 1, S. 179; Keller, S. 99; Köppen IherJ Bd. 11 (1871), S. 139 ff; Scheurl, S. 15 ff, S. 192 ff; Wächter, Bd. 1, S. 391; dagegen Arndts, S. 93; Eisele AcP Bd. 50 (1867), S. 253 ff; Wendt, S. 96.

2) Vgl. z.B. Bekker, Bd. 2, S. 339 ff; Dernburg, Bd. 1, S. 258; Scheurl, S. 122 ff; Wächter, Bd. 1, S. 389 ff.

3) Hierauf haben insbesondere auch Fitting (S. 118) und Windscheid (Bd. 1, S. 474, Fußn. 1) hingewiesen.

träglich anders bestimmt werde, für die theoretische Erklärung der Schwebewirkungen ihre zentrale Bedeutung eingebüßt. Denn eine so verstandene Rückwirkungstheorie ließ es zu, daß die mit einer Bedingung verknüpfte Willenserklärung auch schon während des Schwebens der Bedingung Wirkungen äußerte, und zwar unabhängig davon, ob das bedingte Rechtsgeschäft bei Bedingungseintritt als von Anfang an wirksam angesehen bzw. seine Wirksamkeit bei Bedingungsausfall bereits für den Zeitpunkt seiner Vornahme verneint wurde. So kam es, daß man die Verquickung der Rückwirkungslehre mit der theoretischen Deutung der Schwebewirkungen allmählich aufgab und beide Punkte getrennt abhandelte.[1] Daher konnten auch die Vertreter der Rückwirkungstheorie von dem von ihren Gegnern entwickelten Begriff der durch ein bedingtes Rechtsgeschäft bewirkten rechtlichen Gebundenheit Gebrauch machen[2] und von da aus die Weiterentwicklung eines Anwartschaftsrechts beim bedingten Rechtsgeschäft vorantreiben. Dabei ließ jedoch der letzte entscheidende Schritt auf sich warten. Wohl kam man verhältnismäßig schnell zu der Erkenntnis, daß der durch das bedingte Rechtsgeschäft hervorgerufenen rechtlichen Gebundenheit eine Aussicht des bedingt Berechtigten auf Rechtserwerb entspreche, die ihm nicht mehr entzogen werden konnte.[3]

Bei der näheren rechtlichen Klassifizierung dieser Aussicht wich man jedoch auf eine bildhafte Ausdrucksweise aus und begnügte sich mit Wendungen wie: das zu erzeugende Rechtsverhältnis sei im Werden, in der Entstehung begriffen[4], es befinde sich in einem Mittelzustand zwischen Sein und Nichtsein, es seien Keime und Ansätze von Rechten vorhanden.[5]

---

1) Vgl. z.B. bei Wächter, Bd. 1, S. 389 und S. 391.

2) Vgl. z.B. Scheurl, S. 123.

3) Vgl. Bekker, Bd. 2, S. 341; Scheurl, S. 129; Wächter, S. 389; Windscheid, Bd. 1, S. 463.

4) So Ihering IherJ Bd. 10 (1871), S. 460.

5) So Scheurl, S. 129 ff; auch wurde der Vergleich zum empfangenen, noch nicht geborenen Kind herangezogen; so bei Ihering IherJ Bd. 10 (1871), S. 461; Scheuerl, S. 123.

In diesem Zusammenhang tauchte dann auch erstmals der Begriff der "Anwartschaft" auf.[1] Alle Versuche, den neu entwickelten Rechtszustand bildhaft zu umschreiben, lassen jedoch den Schluß zu, daß die Pandektenwissenschaft sich noch scheute, die eigentliche Konsequenz aus der gewonnenen Erkenntnis zu ziehen. Dies nämlich hätte bedeutet, für den Bereich bedingter Rechtsgeschäfte ein subjektives Recht anzuerkennen, das weder eindeutig als Forderungsrecht oder als Herrschaftsrecht bezeichnet werden konnte und das daher in den Katalog subjektiver Rechte nicht paßte. Die Anerkennung eines neuen Rechtstypus als Konsequenz aus den Erkenntnissen der Bedingungslehre mochte wohl eine zu kühne und zu verallgemeinernde Schlußfolgerung sein, so daß man sich lieber mit einer bildhaften Umschreibung der während des Schwebens der Bedingung bestehenden Rechtswirkungen begnügte. Mit der Ausbildung der der rechtlichen Gebundenheit bei der Bedingung entsprechenden Aussicht des bedingt Berechtigten hatte die gemeinrechtliche Bedingungslehre die theoretischen Grundlagen der modernen Anwartschaftslehre beim bedingten Rechtsgeschäft der Sache nach jedoch bereits entwickelt. Praktische Auswirkungen hatten die Erkenntnisse der gemeinrechtlichen Bedingungslehre indessen noch nicht. Denn die Möglichkeiten einer praktischen Verwendbarkeit und Verwertbarkeit der Position des bedingt Berechtigten durch Übertragung, Verpfändung und Pfändung, waren weder erkennbar geworden, noch hatte sich in der Praxis bislang ein Bedürfnis gezeigt, diese Möglichkeiten zu nutzen. Daher wurden die Auswirkungen der Verselbständigung des Bedingungsschutzes im wesentlichen nur anhand des auch schon dem römischen Recht bekannten Falles des aktiven und passiven Übergangs des bedingten Rechtsverhält-

---

1) Vgl. Ihering IherJ Bd. 10 (1871), S. 585; Dernburg Bd. 1, S. 259; zu der terminologischen Verbindung zum deutschrechtlichen "Wartrecht" vgl. Raiser, S. 2.

nisses auf den Erben[1] erläutert. Die Tragweite der von der gemeinrechtlichen Bedingungslehre entwickelten Ergebnisse wurde jedoch sichtbar, als sich auf dem Boden des BGB mit dem Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers die erste spezielle Anwartschaft entwickelte.

---

1) Vgl. oben S. 79.

# DRITTER TEIL

## Eigentumsvorbehalt und Eigentumsanwartschaft in der Entstehungsgeschichte des BGB

### § 9 Die Regelung des Eigentumsvorbehaltskaufs

Stellt man die Frage, was der Gesetzgeber bei der Kodifikation des BGB zur Entwicklung der Käuferanwartschaft beigetragen habe, so läßt ein Blick auf den Inhalt der Vorschriften der §§ 455, 158, 161 BGB erkennen, daß man über die Ergebnisse gemeinrechtlicher Praxis und Lehre im wesentlichen nicht hinauskam, enthalten diese Bestimmungen doch nichts anderes, als die in Paragraphenform gefaßte, für das gemeine Recht schon herrschende Meinung. So betrachtet war das Inkrafttreten des BGB daher kein Ereignis, das für die Ausbildung der Käuferanwartschaft hätte neue Akzente setzen und ihrer Entwicklung eine andere Richtung geben können.[1] Andererseits aber hatte die Tatsache, daß der Gesetzgeber sich mit seiner Kodifizierung der gemeinrechtlichen Lehre begnügte, zur Folge, daß Zivilrechtswissenschaft und -praxis auch nach dem Inkrafttreten des BGB die Ergebnisse der gemeinrechtlichen Lehre weiterentwickeln und auf ihren Erkenntnissen aufbauen konnte. Die Ausbildung der Anwartschaft zum vollen Rechtsbegriff konnte sich daher bruchlos fortsetzen.

Der im Jahre 1888 veröffentlichte Entwurf der ersten Kommission zur Ausarbeitung des BGB[2] regelte den Eigentumsvorbehaltskauf noch nicht. Jedoch lassen die gleichzeitig mit dem ersten Entwurf veröffentlichten Motive erkennen, daß die erste Kommission die Problematik des Eigentumsvorbehalts als Sicherungsmittel im wesentlichen erkannt und eingehend beraten hatte. Dennoch lehnte man bei Beratungen

---

1) Vgl. hierzu allgemein Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 478; Schubert, S. 174 ff.

2) Zur allgemeinen Geschichte des Gesetzgebungswerks vgl. Schubert, S. 3 ff; Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 468 ff.

der Kaufrechtsvorschriften die Aufnahme einer Bestimmung über den Eigentumsvorbehaltskauf in den Schuldrechtsteil des BGB ab.[1] Die Gründe hierfür waren vorwiegend formaler Natur. Da die Pandektistik den Eigentumsvorbehaltskauf zumeist in systematischem Zusammenhang mit der Traditionslehre abgehandelt hatte, vertrat auch die erste Kommission die Ansicht, die rechtliche Ausgestaltung des Eigentumsvorbehaltskaufs stelle sich in erster Linie als sachenrechtliches Problem.[2] Nach alledem hätte man erwarten sollen, bei den Eigentumsübertragungsvorschriften im Sachenrechtsteil des ersten Entwurfs eine gesetzliche Regelung des Eigentumsvorbehalts zu finden, zumal die Motive des Schuldrechts noch einmal die Streitfrage, ob beim Eigentumsvorbehalt der Rechtserwerb aufschiebend oder auflösend bedingt sei, hervorgehoben hatten.[3] Merkwürdigerweise sah die erste Kommission jedoch davon ab, die Streitfrage durch eine gewissermaßen schon in Aussicht genommene Vorschrift über den Eigentumsvorbehalt bei der Eigentumsübertragungsregelung im Sachenrecht positivrechtlich zu entscheiden. Möglicherweise scheute man sich, hierdurch einen zusätzlichen Anreiz für die Vereinbarung von Eigentumsvorbehalten zu schaffen. Aus Gründen der Rechtssicherheit schien es der Kommission nämlich wünschenswert, einem Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum nach Möglichkeit entgegenzuwirken.[4] Die Kommission konnte dem jedoch nur dem Grundsatz nach Rechnung tragen, nämlich dadurch, daß sie den Eigentumserwerb an das Erfordernis der Besitzübernahme koppelte. Die generelle Zulässigkeit bedingter

---

1) Vgl. Mot. Bd. 2, S. 319.

2) Vgl. Mot. Bd. 2, a.a.O.

3) Die Streitfrage wurde von der Kommission als für das Obligationsrecht nicht interessierend offengelassen. Lediglich die ältere Theorie des Pfandrechtsvorbehalts wurde als überholt abgelehnt. Vgl. Mot. Bd. 2, a.a.O.

4) Vgl. Mot. Bd. 3, S. 336, 338.

Eigentumsübertragungen verneinte sie daher schon aus Gründen der Praktikabilität nicht.[1] Darüber hinaus machte sie sich aber auch bewußt, daß der Verkehr sich der Zulässigkeit bedingter Eigentumsübertragungen zu Sicherungszwecken bedienen könne, lehnte es jedoch ausdrücklich ab, dem durch eine positive gesetzliche Bestimmung entgegenzutreten.[2] Damit wurde der Eigentumsvorbehalt auch ohne besondere gesetzliche Ausformung in dem ersten Entwurf des BGB als zulässig vorausgesetzt.

Die erste Kommission hatte hiernach weitgehendes Verständnis für die Bedürfnisse der Praxis gezeigt und war insbesondere davon ausgegangen, daß sie dem Geschäftsverkehr durch bedingte Eigentumsübertragungen zu Sicherungszwecken

---

1) Anders noch der Teilentwurf zum Sachenrecht des Redaktors Johow, der den Beratungen der ersten Kommission zu Grunde lag. (Vgl. hierzu Schubert, S. 147 ff). Johow begründete das Verbot bedingter Übereignungen neben dogmatischen Überlegungen vor allem mit dem Bedürfnis nach Verkehrssicherheit, die Sicherungsgeschäfte durch bedingte Übereignungen nicht zulasse. Eine starke Zurückhaltung gegenüber bedingten Übereignungen zu Sicherungszwecken klingt daher trotz ihrer Zulassung auch noch in den Motiven zum ersten Entwurf an. (Vgl. Mot. Bd. 3, S. 336 "Bedingte Verträge sind durch das Gesetz nicht zu begünstigen, da sie zu wenig wünschenswerten Schwebezuständen führen. Um so bedenklicher muß es erscheinen, wenn das Gesetz selbst dingliche Verträge in weitem Umfange zu bedingten machen würde. Dem praktischen Bedürfnisse wird dadurch genügt, daß der dingliche Vertrag unter einer Bedingung abgeschlossen werden kann").

2) Vgl. Mot. Bd. 3, S. 338; beraten wurde auch über den Satz des römischen Rechts, daß das Eigentum an der verkauften und übergebenen Sache erst übergeht, wenn der Kaufpreis gezahlt, sichergestellt oder gestundet ist. Gerade wegen der allgemeinen Zulässigkeit bedingter Übereignungen bestand nach Auffassung der Kommission jedoch kein Bedürfnis zu einer Aufnahme dieses Rechtssatzes in das BGB.
(Vgl. Mot. Bd. 3, S. 336) Dieser Satz wurde von Kindel, S. 333 ff im ersten Entwurf vermißt.

einen Pfandrechtsersatz verschaffte. Es bleibt jedoch die Frage offen, warum diese Erkenntnis nicht zu einer Reform des Pfandrechtssystems, sondern zu einer gesetzlichen Sanktionierung der bestehenden Praxis führte. Bei der Kodifizierung des Mobiliarpfandrechts hielt die erste Kommission jedoch am Faustpfandprinzip fest[1], das im 19. Jahrhundert überall, wo die partikulare Gesetzgebung das Mobiliarpfandrecht neu geregelt hatte, streng durchgeführt worden war.[2] In der rechtspolitischen Begründung des strengen Faustpfandprinzips, das eine Pfandrechtsbestellung auch bei Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses als Übergabeersatz nicht zuließ, lassen die Motive des ersten Entwurfs daher einen gewissen Widerspruch gegenüber der Zulassung bedingter Eigentumsübertragungen zu Sicherungszwecken erkennen. Das Festhalten am Faustpfandprinzip wurde nämlich damit begründet, daß der Verkehrsschutz den Besitz des Pfandgläubigers erfordere, da sonst die Belastung der Sache nicht erkennbar sei und Gelegenheit gegeben werde, geheime, die Sicherheit des Verkehrs besonders im Konkursfall beeinträchtigende Pfandrechte zu schaffen.[3] Demgegenüber wurde dies auch gegen die Zulassung bedingter Eigentumsübertragungen zu Sicherungszwecken sprechende Argument hier mit dem Hinweis auf ein praktisches Sicherungsbedürfnis überspielt. Darüber hinaus sah man nicht so sehr den Zweck des Sicherungsgeschäftes, dem eine pfandrechtliche Regelung eher entsprochen hätte, sondern stellte den Parteiwillen in den Vordergrund, der - so die Kommission -

---

1) Vgl. Mot. Bd. 3, S. 800 f.

2) Vgl. oben S. 56 ff. Schon durch die Konkursordnung war der nur noch in Mecklenburg, Meiningen, Altenburg, Lippe-Detmold, Waldeck, Lippe-Schaumburg und Hamburg zulässigen Mobiliarhypothek die Konkursbeständigkeit und damit ihre praktische Bedeutung genommen worden.

3) Vgl. Mot. Bd. 3, S. 801.

dahin gehe, daß der Sicherungsnehmer bei Ausfall seiner Forderung Eigentümer bleiben oder werden solle.[1] In dieser besonderen Betonung der privatautonomen Vertragsgestaltung wird wohl neben dem Festhalten an der überkommenen Praxis der Grund zu suchen sein, daß die erste Kommission keine grundlegende Neuregelung des Systems des Kreditsicherungsrechts in Angriff nahm, sondern sich mit einer Zulassung der bestehenden Praxis begnügte. Daß sich diese Praxis gerade wegen der Mängel der Pfandrechtsordnung mit ihrem strikt durchgeführten Faustpfandprinzip gebildet hatte, wurde nicht berücksichtigt, wenn nicht sogar verkannt. Daher trat das systematisch unzureichend begründete Nebeneinander von Eigentum und Pfandrecht als Kreditsicherungsmittel nicht deutlich zu Tage.

Von den Kritikern des ersten Entwurfs machte insbesondere L e i s t auf den Widerspruch zwischen dem Verbot der Mobiliarhypothek und der Zulassung bedingter Eigentumsübertragungen zu Sicherungszwecken aufmerksam.[2] Bedenken erhob er darüber hinaus auch gegen die Vereinbarkeit suspensiv bedingter Eigentumsübertragungen mit dem Traditionsprinzip.[3] Dabei verkannte Leist die wirtschaftlichen Bedürfnisse nicht, die eine Zulassung eines im Effekt dem Eigentumsvorbehalt gleichkommenden Sicherungsmittels verlangten[4] und schlug von daher ein auf eine bestimmte Zeit zu gewährendes gesetzliches Pfandrecht oder ein vertragli-

---

1) Vgl. Mot. Bd. 3, S. 337.
Ins Feld geführt wurde unter Hinweis auf § 289 StGB auch, daß es bei einer Zulassung des Besitzkonstituts für eine Pfandrechtsbegründung an einem wirksamen strafrechtlichen Schutz fehle.

2) Vgl. Leist, S. 1o6 ff; vgl. hierzu Bähr KritVJ Schr., Bd. 32 (1890), S. 367, der sich in der Besprechung der Schrift Leists für die Einführung der Mobiliarhypothek einsetzte.

3) Vgl. Leist, S. 16 ff.

4) Schon vorher hatte sich Leonhard in Gruchot Bd. 25 (1881), S. 177 ff vor allem aus wirtschaftlichen Überlegungen für eine Wiedereinführung der Mobiliarhypothek eingesetzt. Vgl. insbesondere a.a.O., S. 191 ff; vgl. auch Gierke, Entwurf, S. 388; vgl. weiterhin Zusammenstellung Bd. 3, S. 38o ff.

ches Mobiliarpfandrecht vor, das von den allgemeinen pfandrechtlichen Verboten auszunehmen sei.[1] Alles in allem überwogen in den Kritiken zum ersten Entwurf jedoch die dogmatischen Argumente.[2] Sie wurden vor allem gegen das mit der Zulassung bedingter Eigentumsübertragungen mögliche Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz vorgetragen. Insoweit hatte sich jedoch die Erkenntnis durchgesetzt, daß dies aus praktischen Gründen vielfach unumgänglich war.

So kam es, daß auch der zweite Entwurf des BGB[3] die Regelung, die die erste Kommission getroffen hatte, im wesentlichen beibehielt. Zwar hatte der zweiten Kommission ein Antrag vorgelegen, wonach Übereignungen unwirksam sein sollten, wenn "die Umstände ergeben, daß durch die Veräußerung dem Erwerber Sicherheit wegen einer Forderung verschafft werden soll".[4] Dieser Antrag, der von der Mehrheit der Kommission abgelehnt wurde, hatte jedoch das Ziel, der Zulässigkeit von Sicherungsübereignungen durch Besitzkonstitut entgegenzutreten,[5] und richtete sich daher nicht gegen die bestehende Praxis, bei Kaufverträgen bis zur Bezahlung des Kaufpreises einen Eigentumsvorbehalt für den Veräußerer zu vereinbaren. Andererseits hielt es die zweite Kommission jedoch für erforderlich, entsprechend wiederholt vorgebrachten Forderungen[6] die Sicherungsabrede beim Abzahlungsgeschäft durch eine gesetzliche Auslegungsregel rechtlich nä-

---

1) Vgl. Leist, S. 1o7, 1o8; hiergegen Cosack in Bekker und Fischer, Heft 13, S. 7o.

2) Vgl. Schubert, S. 156 f. m.w.N.

3) Über dessen Zustandekommen vgl. Schubert, S. 45 ff.

4) Vgl. Prot. Bd. 3, S. 197.

5) Nach dem Antrag sollte die Vorschrift über die Übergabe durch Besitzkonstitut entsprechend ergänzt werden.

6) Vgl. z.B. Cosack in Bekker und Fischer Heft 13, S. 15; Hausmann, S. 17; Marwitz Gruchot Bd. 35 (1891), S. 230.

her zu konkretisieren.[1] Hierzu ließ sich die Kommission durch die Überlegung bestimmen, daß der Verkäufer bei den immer mehr Verbreitung findenden Abzahlungsgeschäften ein wirksames Sicherungsmittel benötige, dem aber nur dann Rechnung getragen sei, wenn die häufig ungenaue und lückenhafte Vereinbarung der Vertragspartner durch eine klare gesetzliche Regelung ergänzt werde.[2] Daß auf das Basis dieser Überlegungen die Entscheidung auch für eine dingliche Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts fallen mußte, war selbstverständlich. Darüber hinaus sah man auch die Gefahr, daß der Verkehr bei Versagung der dinglichen Wirkung des Eigentumsvorbehalts beispielsweise durch den Abschluß von Mietverträgen andere Auswege finden werde, die die Käuferinteressen dann weniger berücksichtigten. Im Hinblick auf den Inhalt der Auslegungsregel für den Eigentumsvorbehalt erschien der Kommission die Deutung als aufschiebend bedingter Eigentumsübertragung am ehesten der Richtung des Parteiwillens zu entsprechen.[3] Damit waren die Voraussetzungen für die positivrechtliche Ausgestaltung des Eigentumsvorbehaltskaufs beweglicher Sachen in § 455 BGB geschaffen.

Das Problem des Eigentumsvorbehalts im Zusammenhang mit Grundstückskaufverträgen stellte sich bei Erlaß des BGB in der Praxis schon lange nicht mehr. Während die erste Kommission bei der Eigentumsübertragung von Grundstücken

---

1) Vgl. Prot., Bd. 2, S. 79. Hiergegen wurde ähnlich wie gegen die Zulässigkeit des constitutum possessorium zu Sicherungszwecken geltend gemacht, das Rechtssystem gehe davon aus, nur eine im Besitz des Gläubigers befindliche Sache könne zu dessen Sicherung dienen. Vgl. Prot. Bd. 2, S. 80.

2) Vgl. Prot. Bd. 2, S. 81.

3) Vorgelegen hatten der Kommission entsprechend den Haupttheorien des gemeinen Rechts Anträge, die den Eigentumsvorbehalt als aufschiebend bedingte und als auflösend bedingte Eigentumsübertragung erfassen wollten (vgl. Prot. Bd. 2, S. 78). Die Kommission entschied sich für den Suspensivvertrag, da entsprechendes "bis zu einem gewissen Grade schon aus dem Inhalt des Vertrages entnommen werden könne" (vgl. Prot. Bd. 2, S. 81).

noch auflösend bedingte Auflassungen zugelassen hatte[1], versagte die zweite Kommission generell bedingten Grundstücksübertragungen die Wirksamkeit.[2] Die Entscheidung der zweiten Kommission für das Rechtsinstitut der Vormerkung machte die Zulassung bedingter Grundstücksübertragungsgeschäfte nicht mehr erforderlich.[3] Für die Entwicklung des Eigentumsvorbehaltskaufs bei Grundstücken, den schon die partikularrechtlichen Hypothekengesetze im wesentlichen verdrängt hatten, bedeutete dies den endgültigen Schlußstrich. Gleichzeitig begrenzte das BGB die Möglichkeiten für eine Weiterentwicklung der Vorbehaltskäuferanwartschaft auch theoretisch auf das Gebiet des Mobiliarsachenrechts.

## § 10 Bedingung und Anwartschaft

Noch schwieriger als beim Eigentumsvorbehalt erwies es sich für den Gesetzgeber, bei den Vorschriften über das bedingte Rechtsgeschäft und dessen Schwebewirkungen mit einer dogmatisch klaren Regelung aufzuwarten. Dies wird angesichts der Tatsache verständlich, daß die gemeinrechtliche Wissenschaft ein Anwartschaftsrecht als Folge der Schwebewirkungen der Bedingung nur der Sache nach anerkannt, dieses Institut jedoch noch nicht auszubilden versucht hatte. Daher war vom Gesetzgeber nicht zu erwarten, daß er der sich erst in Umrissen abzeichnenden Entwicklung durch eine gesetzliche Regelung neue Impulse gab. Hierzu fehlte es an einem allgemeinen Überblick über die von einer solchen Regelung ausgehenden Wirkungen. Insbesondere hatte sich noch nicht gezeigt, welche wirtschaftlichen Konsequenzen aus einer rechtlichen Verselbständigung der Schwebewirkungen bei der Bedingung erwuchsen. Daher traf der Gesetzgeber bei der Regelung bedingter Rechtsgeschäfte nur

1) Vgl. §§ 87o, 871 erster Entwurf.
2) Vgl. Prot. Bd. 3, S. 181.
3) Vgl. Prot. Bd. 3, S. 183.

insoweit Entscheidungen, wie ihm die Problematik wissenschaftlich und praktisch hinreichend vorgeklärt zu sein schien.

Schon die Regelung des ersten Entwurfs stimmte ihrer Grundkonzeption nach mit den späteren Vorschriften des Gesetzes über bedingte Rechtsgeschäfte überein. In den §§ 128, 129 legte die erste Kommission ihren Standpunkt über die mit der erfüllten Bedingung zu verbindenden Rechtswirkungen fest. Diese Vorschriften deckten sich - bis auf kleine redaktionelle Unterschiede - inhaltlich voll mit der Regelung, die dann § 158 BGB traf. Sie ließen die Rechtswirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts erst mit Erfüllung der Bedingung eintreten. Damit hatte die erste Kommission die gemeinrechtliche Streitfrage um die Richtigkeit der Rückwirkungstheorie positivrechtlich gegen die Vertreter dieser Lehre entschieden.[1] Eine Entscheidung dieser Streitfrage hatte die erste Kommission im Hinblick auf den Umfang der gemeinrechtlichen Diskussion und der aus ihr erwachsenen Konsequenzen für unumgänglich gehalten. Ihre Entscheidung stützte die erste Kommission auf die Überlegung, daß ein praktisches Bedürfnis der Rückwirkungstheorie nicht mehr ersichtlich sei, wenn das Gesetz selbst durch positive Vorschriften den bedingt Berechtigten vor beeinträchtigenden Verfügungen seines Gegners ausreichend schütze.[2] Daher mußte "dem bedingt Verpflichteten dem Inhalte der Willenserklärung gemäß"[3] die Möglichkeit genommen werden, das Recht des bedingt Berechtigten durch Verfügungen während des Schwebens der Bedingung zu verkürzen. Mit Hilfe einer positiven Festlegung des Geltungsgrundes für die

---

1) Vgl. Mot. Bd. 1, S. 252. Um dem Grundsatz der Privatautonomie Rechnung zu tragen, wurde jedoch in § 130 des ersten Entwurfs eine kraft Parteivereinbarung obligatorisch wirkende Rückwirkung ausdrücklich anerkannt. Vgl. Mot. Bd. 1, S. 254.

2) Vgl. Mot. Bd. 1, a.a.O.

3) Mot. Bd. 1, a.a.O.

Schwebewirkungen konnte daher die konstruktive Ableitung der Bedingungsfolgen aus einer Rückwirkung der erfüllten Bedingung beseitigt werden. Denn das bedingte Rechtsgeschäft äußerte vor Eintritt der Bedingung Rechtswirkungen nicht, weil es mit Bedingungseintritt vom Zeitpunkt seiner Vornahme an wirksam wurde, sondern weil der Gesetzgeber diese Rechtswirkungen entsprechend dem Inhalt der Parteierklärungen anordnete.

Nach ihrem so gewonnenen Ausgangspunkt konnte die erste Kommission bei der gesetzlichen Festlegung der Schwebewirkungen die Ergebnisse der gemeinrechtlichen Lehre übernehmen, gleichgültig, ob diese aus der Rückwirkungstheorie hergeleitet wurden oder nicht. Daher entsprach das, was die erste Kommission an Einzelheiten über den Inhalt dieser Schwebewirkungen in den Entwurf des BGB übernahm, dem Stand der herrschenden Bedingungslehre des gemeinen Rechts. Andererseits aber ließ die erste Kommission auch nicht den Versuch erkennen, die Rechtswirkungen, die ein noch nicht voll zur Entstehung gelangtes Recht äußerte, unter einem neuen Rechtsbegriff zusammenzufassen.[1] Immerhin hatte sie jedoch mit der gesetzlichen Statuierung von Rechtswirkungen von der vollständigen Erfüllung des Entstehungstatbestandes eines Rechts das für eine anwartschaftliche Rechtslage Typische erfaßt. Von daher war es kein weiter Schritt, die Frage nach den für diese Rechtslage geltenden Rechtsvorschriften zu stellen. So ordnete der erste Entwurf im § 132 an, daß das bedingte Recht und die bedingte Verpflichtung nach den für das unbedingte Recht und die unbedingte Verpflichtung gel-

---

1) In systematischer Hinsicht wurde davon ausgegangen, daß von einem Recht noch nicht gesprochen werden könne (vgl. Mot. Bd. 1, S. 255 "Recht und Verpflichtung sind noch nicht vorhanden. Eine bedingte Schuld ist keine Schuld.") In terminologischer Hinsicht wurde dagegen die Bezeichnung "bedingtes Recht", "bedingte Verpflichtung" zugelassen. Vgl. Mot. Bd. 1, a.a.O. - vgl. aber auch andererseits Mot. Bd. 1, S. 259 "In der bedingten Verfügung über eine Sache liegt eine Machtentäußerung".

tenden Vorschriften vererblich seien.[1] Weitere als diese bereits in den Quellen des römischen Rechts belegten und für das gemeine Recht anerkannten Konsequenzen zog die erste Kommission jedoch nicht. Obwohl man bereits die Möglichkeit ins Auge gefaßt hatte, daß auch das bedingte Recht Bedeutung für den Rechtsverkehr gewinnen könne[2], scheute man sich, eine über die Spezialfrage der Vererblichkeit hinausgehende Regelung in den Entwurf aufzunehmen.

In den Kritiken zu den bedingungsrechtlichen Vorschriften des ersten Entwurfs wurde vornehmlich die zu ausführliche und lehrbuchhafte gesetzliche Fixierung gerügt.[3] Ferner wurde als Negativum festgestellt, daß der Entwurf bis auf die Entscheidung in der Rückwirkungsfrage lediglich den Inhalt der gemeinrechtlichen Lehre wiedergab.[4] Im Hinblick auf die systematische Erfassung der Schwebewirkungen kamen die Kritiken jedoch ebenfalls nicht über die schon bekannte Kategorie der Gebundenheit hinaus[5], so daß die Diskussion um diesen Punkt für den Gesetzgeber keinen neuen Stoff ergab.

So trat die Scheu des Gesetzgebers, durch Aufstellung positiver Normen der Rechtsentwicklung vorzugreifen, bei den Beratungen der zweiten Kommission noch deutlicher zu Tage. Zwar übernahm die Kommission die Regelung des ersten Entwurfs über bedingte Rechtsgeschäfte inhaltlich nahezu unverändert. Man war sich andererseits jedoch darüber im klaren, daß man bei Bestehenbleiben der Spezialbestimmung des § 132 des ersten Entwurfs einer allgemeinen Regelung über die

---

1) Vgl. hierzu Mot. Bd. 1, S. 256.

2) Vgl. Mot. Bd. 1, S. 256 "Das bedingte Recht und die bedingte Verpflichtung können weiter auch Gegenstand von Rechtsgeschäften sein; namentlich ist das bedingte Recht übertragbar, soweit das unbedingte Recht übertragbar ist."

3) Vgl. Gierke, Entwurf S. 172; Goldschmidt S. 75.

4) Vgl. Gierke, a.a.O.; Hölder AcP Bd. 73 (1888), S. 128.

5) Vgl. Meischeider, S. 31.

rechtliche Behandlung bedingter Rechte, die ihre Übertragung, Aufhebung, Belastung und auch Vererbung mitumfaßte, nicht ausweichen konnte. Für eine solche umfassende Regelung hatte indessen weder die gemeinrechtliche Praxis ein Bedürfnis erkennen lassen, noch war die rechtliche Behandlung des bedingten Rechts von Ansätzen abgesehen in der Pandektenwissenschaft hinreichend erörtert. Daher beschloß die zweite Kommission, dieses Problem ganz aus dem Gesetz auszuklammern und den § 132 des ersten Entwurfs zu streichen.[1] Diese Entscheidung kennzeichnet jedoch auch die Behutsamkeit des Gesetzgebers. Denn durch die bewußte Nichtregelung der rechtlichen Einordnung und Behandlung des bedingten Rechts ließ der Gesetzgeber der künftigen Rechtsentwicklung genügend Spielraum. Damit stellte er aber auch gleichzeitig die Fragen, die die Rechtsfortbildung bei der Ausfüllung der gesetzlichen Regelungslücken zu beantworten hatte. In terminologischer Hinsicht legte sich die zweite Kommission auf die Bezeichnung Anwartschaft für den schon während des Schwebens der Bedingung bestehenden Vermögenswert fest.[2]

---

1) Vgl. Prot. Bd. 1, S. 181.
2) Vgl. Prot. Bd. 1, a.a.O.

# VIERTER TEIL

## Die Verfestigung des Rechtsinhalts der Käuferanwartschaft auf dem Boden des BGB

### § 11 Die wirtschaftlichen Grundlagen für die Ausbildung der Käuferanwartschaft

Hatte die gemeinrechtliche Bedingungslehre die entscheidende theoretische Vorarbeit zur Ausbildung der Anwartschaft als Rechtsbegriff geleistet, so blieb es doch im wesentlichen der Praxis vorbehalten, in der Anwartschaft des Vorbehaltskäufers den ersten Anwendungsfall der modernen Anwartschaftsrechtslehre zu entdecken und ihr die Eigenschaften eines verkehrsfähigen Rechts beizulegen. Dieser Prozeß knüpfte zunächst keineswegs an die Ergebnisse der gemeinrechtlichen Bedingungslehre an. Vielmehr waren es die überstark hervortretenden Bedürfnisse der Praxis, die den Anstoß für die Entwicklung der Käuferanwartschaft gaben, und erst als diese Entwicklung einen gewissen Punkt erreicht hatte, ist ein Zurückgreifen auf die von der Bedingungslehre entwickelten Ergebnisse zur dogmatischen Abstützung eines rechtspolitischen erwünschten Ergebnisses festzustellen. Bis dahin aber bestimmten eindeutig die wirtschaftlichen Interessen die Entwicklungsgeschichte der Käuferanwartschaft.

Maßgeblich hierfür war in erster Linie ein weiteres rapides Zunehmen von Massenumsatzgeschäften und deren Finanzierung über Abzahlungskäufe.[1] Abzahlungsgeschäfte betrafen, ausgenommen Lebens- und Genußmittel, private Konsumartikel

---

1) Vgl. Hörter, S. 18. Lazarus, S. 3 ff sowie Rühl, S. 16 ff mit zahlreichen Beispielen.

jeder Art wie Einrichtungsgegenstände, Bekleidung, Kleinmaschinen, insbesondere Nähmaschinen, Schreibmaschinen und Fahrräder.[1] Hinzu kam der schon weitgehend formularmäßig typisierte Abschluß dieser Geschäfte, der einen Eigentumsvorbehalt kraft allgemeiner Lieferbedingungen mit sich brachte.[2] Neben seiner Verbreitung im Groß- und Einzelhandel setzte sich der Eigentumsvorbehalt aber auch im Bereich gewerblicher und industrieller Produktion weiter durch.[3]

Bislang hatte sich die wirtschaftliche Bedeutung des Eigentumsvorbehaltskaufs darauf beschränkt, daß er dem Warenkreditgeber ein Sicherungsmittel an die Hand gab. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts setzte sich die weitere Erkenntnis durch, daß die Rechtsposition des Vorbehaltskäufers einen Vermögenswert darstellte, der um so höher einzuschätzen war, je weniger der Käufer noch auf die Kaufpreisforderung des Vorbehaltsverkäufers zu zahlen hatte.[4] Diese Erkenntnis wurde entscheidend dadurch gefördert, daß es mit der fortschreitenden Verbreitung des Eigentumsvorbehaltskaufs immer häufiger vorkam, daß Gläubiger bei ihren Vollstreckungsschuldnern - oft ohne dies zu ahnen - unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Sachen pfänden ließen.[5] Intervenierte der Vorbehaltsverkäufer in solchem Falle, so war der Vollstreckungsgläubiger in der mißlichen Lage, daß er die gepfändete Sache freigeben mußte, obwohl der Vollstreckungsschuldner durch die teilweise Bezahlung des Kaufpreises bereits über einen wirtschaftlichen Wert verfügte. Hinzu kam, daß der Schuldner häufig keine anderen, Befriedigung ver-

---

1) Vgl. Lazarus, S. 4; Rühl, S. 18.

2) Vgl. Lazarus, S. 115 ff.

3) Vgl. Rühl, S. 19 und S. 2o f.

4) Vgl. z.B. Fromherz ZZP Bd. 38 (19o9), S. 49; Lazarus, S. 121 f; RGJW 19o7, S. 842.

5) Vgl. Lazarus, S. 121; Rühl, S. 168.

sprechende Haftungsobjekte besaß. Bei dieser Situation war es nur naheliegend, nach einer Möglichkeit zu suchen, die dem Vollstreckungsgläubiger einen Zugriff auf die Rechtsposition des Käufers aus dem Eigentumsvorbehaltskauf verschaffte.[1] Allerdings konnte es nicht im Interesse des Vollstreckungsgläubigers liegen, dem Schuldner durch eine Pfändung die Rechtsposition aus dem Eigentumsvorbehaltskauf zu entziehen und sie dann im Wege der Zwangsvollstreckung zu verwerten. Denn eine Verwertung durch eine zwangsweise Veräußerung versprach keine Befriedigung des Gläubigers, da der Wert dieser Rechtsposition für einen Bieter im Zwangsversteigerungsverfahren nur schwer ersichtlich war. Daher konnte der Gläubiger nicht damit rechnen, daß sich ein Interessent fand, der bereit gewesen wäre, im Zwangsversteigerungsverfahren ein dem Wert der Rechtsposition des Vorbehaltskäufers entsprechendes Gebot abzugeben.[2] Aus diesem Grunde mußte das Bestreben des Gläubigers dahin

---

1) Im juristischen Schrifttum wurde das Vollstreckungsproblem entsprechend der für den Eigentumsvorbehaltskauf noch gebräuchlichen Bezeichnung "Möbelleihvertrag" zunächst unter der Chiffre "Zwangsvollstreckung in Leihmöbel" diskutiert. Vgl. z.B. Nussbaum KGBL 1904, S. 53; Horn KGBL 1904, S. 61; Liebrecht KGBL 1905, S. 13; Immerwahr DJZ 1905, S. 597; Bendix KGBL 1906, S. 69; Fromherz ZZP Bd. 38 (1909), S. 49; Kaufmann Sächs. Arch. Bd. 4 (1909), S. 326.

2) Vgl. hierzu aber Beschluß des AG Zwickau vom 22.12.1906 (wiedergegeben bei Kaufmann Sächs. Arch. Bd. 4 (1909), S. 328), der eine Versteigerung des gepfändeten Anwartschaftsrechts zum Gegenstand hat. Soweit ersichtlich, handelt es sich dabei um den einzigen bekannt gewordenen Fall dieser Art. Dort wurde das Anwartschaftsrecht an einem Konzertflügel, den der Schuldner zum Preise von 1.500 RM unter Eigentumsvorbehalt erworben und bis auf 500 RM abgezahlt hatte, dem Gläubiger auf ein Höchstgebot von nur 10 RM zugeschlagen.

gehen, sich die Möglichkeit zu verschaffen, durch Zahlung des Restkaufpreises den Eigentumserwerb des Schuldners herbeizuführen, um so zu einem Zugriff auf die Sache selbst zu gelangen. Schon der vollstreckungsrechtliche Zugriff auf das Recht des Käufers, durch Zahlung des Restkaufpreises den Eigentumsübergang herbeizuführen, setzte aber eine rechtliche Verselbständigung der Position des Vorbehaltskäufers voraus. Gläubigerinteressen leiteten daher den Prozeß der rechtlichen Verselbständigung der Vorbehaltskäuferstellung ein. Das hatte zur Folge, daß sich die Praxis zunächst nur mit der Frage beschäftigte, wie die Rechtsposition des Vorbehaltskäufers gepfändet werden könne.[1] Erst über die Behandlung dieser Frage eröffnete sich die Erkenntnis, daß sich das gewünschte Ergebnis am besten begründen lasse, wenn man auf die konstruktive Stütze eines durch die aufschiebend bedingte Eigentumsübertragung begründeten Anwartschaftsrechts zurückgriff.[2] Bei der Verwertbarkeit der Vorbehaltskäuferstellung in der Zwangsvollstreckung zeichnete sich daher die erste praktische Konsequenz der Fortschritte der Anwartschaftsrechtslehre ab. Mit ihrer Hilfe war ein neues Haftungsobjekt entwickelt, das den wirtschaftlichen Wert erfaßte, der dem vom Vorbehaltskäufer bereits gezahlten Kaufpreisanteil entsprach.

Auf die Dauer aber mußte sich die Verselbständigung des Vorbehaltskäuferrechts von ihrer ursprünglichen vollstreckungsrechtlichen Grundlage lösen und sich auch in an-

---

1) Vgl. oben S. 111, Fußn. 1 ;
vgl. weiterhin aus der Rechtsprechung KG OLGE Bd. 4 (1902), S. 366; OLG Bamberg Seuff Arch. Bd. 58 (1903), S. 124; KG KGBL 1904, S. 39; LG Berlin KGBL 1904, S. 56; RGZ 66, 348; OLG München OLGE Bd. 18 (1909), S. 400; KG OLGE Bd. 20 (1910), S. 349 und Bd. 23 (1911), S. 219; OLG Dresden OLGE Bd. 35 (1917), S. 181; RGZ 66, 348.

2) Näheres hierzu unten S. 11 ff.

deren Bereichen niederschlagen. Denn mit der Anerkennung der Pfändbarkeit des Vorbehaltskäuferrechts war gleichzeitig auch seine Übertragbarkeit ausgesprochen. Für den Bereich rechtsgeschäftlicher Verfügungen konnten daher die durch die vollstreckungsrechtliche Behandlung der Probleme gewonnenen Erkenntnisse übernommen werden. Ebenso wie es den Gläubigern des Vorbehaltskäufers gestattet war, in dessen Rechtsposition als selbständiges Recht zu vollstrecken, mußte es auch dem Vorbehaltskäufer möglich sein, über sein Anwartschaftsrecht zu verfügen. Diese Schlußfolgerung eröffnete der Käuferanwartschaft ihren zweiten wichtigen Anwendungsbereich. Denn durch eine sicherheitshalber vorgenommene Übertragung seiner Anwartschaft konnte der Vorbehaltskäufer seinen Geldkreditgebern eine reale Sicherheit verschaffen.[1] Damit war erreicht, daß die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Sache nicht nur dem Vorbehaltskäufer als Sicherheit diente, sondern gleichzeitig dem Vorbehaltskäufer über die Konstruktion des Anwartschaftsrechts als Kreditsicherungsmittel zur Verfügung stand. Allerdings hat die Praxis der Kreditvergabe die Bedeutung der Käuferanwartschaft als Kreditsicherungsmittel erst relativ spät erkannt und sich dieser Sicherungsmöglichkeit bedient. Zwar waren die theoretischen Grundlagen hierfür gleichzeitig mit der Anerkennung der Pfändbarkeit des Vorbehaltskäuferrechts - also bereits innerhalb der ersten zehn Jahre nach Inkrafttreten des BGB - entwickelt.

Praktische Bedeutung als Kreditsicherungsmittel gewann die Käuferanwartschaft in größerem Umfang dagegen erst nach dem ersten Weltkrieg.[2] Dabei hatte man sich anfangs nahezu unbewußt dem Problem genähert, so daß sich insoweit deutli-

---

1) Vgl. hierzu Hopp, S. 154; Letzgus, S. 3; Sponer, S. 82; Serick, S. 251 ff.

2) Vgl. hierzu Heitmann, S. 21, Holtz, S. 18; Schwister JW 1933, 1857; Grund JW 1933, 2631; Becker JW 1934, 678; vgl. auch RGZ 95, 1o5; 133, 4o; 14o, 223; OLG Frankfurt HRR 193o Nr. 12o9.

che Parallelen zu dem Entwicklungsprozeß der Pfändbarkeit der Vorbehaltskäuferstellung ergaben.[1] Denn die Frage der Übertragbarkeit stellte sich erstmals bei der Behandlung von Sicherungsübereignungen von Gegenständen, die zwar nicht im Eigentum des Sicherungsgebers standen, die er jedoch auf Abzahlung erworben hatte.[2] Daneben kamen aber auch die wirtschaftlichen Verhältnisse einer generellen Erschließung der Vorbehaltskäuferstellung für den Rechtsverkehr entgegen.

Die durch den Weltkrieg hervorgerufene Wirtschaftskrise hatte auch Veränderungen des Kreditverkehrs mit sich gebracht. Der Personalkredit wurde noch weiter zurückgedrängt und bei jeder Form von Geldkredit stand die Frage der Sicherstellung im Vordergrund.[3] Neben diesen durch die allgemeine wirtschaftliche Lage erhöhten Kreditrisiken drängte aber auch die zunehmende Anonymität des Geschäftsverkehrs zu verstärkter Realsicherung. Das hatte zur Folge, daß der Kreditverkehr sämtliche Vermögenswerte als Sicherungsmittel beanspruchen mußte. Berücksichtigt man noch, daß der Weltkrieg mit seinen wirtschaftlichen Folgen viele Vermögenswerte dem Kreditverkehr entzogen hatte, so wird klar, daß die Praxis genötigt war, zur Kreditbeschaffung auch den Vermögenswert auszunutzen, den die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers hatte. Damit hatte sich die Praxis das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers nicht nur als Haftungsobjekt in der Zwangsvollstreckung, sondern auch als Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, hier vor allem als Kreditsicherungsmittel, nutzbar gemacht. Diese beiden Bereiche bestimmten das wirtschaftliche Interesse, das man der Käuferanwartschaft entgegenbrachte. Daher gelangte man bei der Frage nach der rechtlichen Behandlung der Käuferanwartschaft auch hier am ehesten zu konkreten Ergebnissen.

---

1) Vgl. oben S. 110.

2) Vgl. etwa RGZ 95, 105; 133, 40; 140, 223; OLG Breslau JW 1929, 2959.

3) Vgl. im einzelnen Weinhausen, S. 14 ff; hier auch zu den Ursachen für die Verbreitung der Sicherungsübereignung.

## § 12 Die rechtliche Verselbständigung des Vorbehaltskäuferrechts durch die moderne Anwartschaftsrechtslehre

I. Neben den Erkenntnissen der gemeinrechtlichen Bedingungslehre hatte vor allem das praktische Bedürfnis, die Vorbehaltskäuferstellung dem Verkehr als selbständiges Haftungsobjekt und als Kreditunterlage zu erschließen, die Weichen für eine rechtliche Verselbständigung der Vorbehaltskäuferstellung im Anwartschaftsrecht gestellt. In theoretischer Hinsicht wurde dieser Prozeß jedoch auch noch von anderer Seite maßgeblich gefördert, indem allgemeine Untersuchungen über anwartschaftliche Rechtslagen der Verbreitung anwartschaftlichen Denkens weitere Anwendungsfälle und damit eine größere Basis eröffneten. Grundlage hierfür war der von E n n e c c e r u s in seinem Werk zur Bedingungslehre[1] unternommene Versuch, Rechtsvorwirkungen von einem allgemeineren Ausgangspunkt her als dem der gemeinrechtlichen Bedingungslehre systematisch zu erfassen.[2] Enneccerus ging es dabei um alle Rechtsvorwirkungen, die die Rechtsordnung nicht nur beim bedingten Rechtsgeschäft, sondern allgemein in zahlreichen Fällen sukzessiver Erfüllung eines Rechtsentstehungstatbestandes anerkannte.[3] Die Vielzahl und Vielfalt der festgestellten Fälle legte die Erkenntnis nahe, daß für deren rechtliche Klassifizierung das überkommene Schema von Herrschaftsrechten und Ansprüchen

---

1) Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin 1889.

2) Ansätze zu einem solchen Versuch ebenfalls unter dem Gesichtspunkt sukzessiver Tatbestandserfüllung, jedoch ohne Einführung einer neuen Kategorie bei Ihering IherJ Bd. 1o (1871), S. 472 ff und S. 5o5 ff

3) Vgl. im einzelnen die Beispiele bei Enneccerus, S. 6o2 ff.

zu eng war und nicht paßte.[1] Um dennoch für sämtliche Vorwirkungen mit einem einheitlichen Oberbegriff arbeiten zu können, prägte Enneccerus die Kategorie der Erwerbsberechtigungen.[2] Da diese Erwerbsberechtigungen jedoch nur durch das gemeinsame Merkmal sukzessiver Tatbestandserfüllung gekennzeichnet waren, hatte der entwickelte Oberbegriff eine nur schwache Ordnungsfunktion. Die große Anzahl der unter ihn subsumierten Fälle[3] und deren innere Verschiedenartigkeit offenbarten von vornherein seine fehlende Trennschärfe. Entscheidender noch war, daß mit dem Begriff der Erwerbsberechtigung allein noch nichts gewonnen war, da er über die systematische Einordnung von Zwischenstufen bei der Entstehung eines Rechts wenig besagte. Im wesentlichen machte der Begriff der Erwerbsberechtigung daher lediglich darauf aufmerksam, daß es solche Zwischenstufen zwischen Nichtrecht und Vollrecht gab. Ob diese Zwischenstufen bereits als Rechte zu bezeichnen waren bzw. welche Voraussetzungen erfüllt sein mußten, damit der Punkt erreicht war, an demman von einem Recht sprechen konnte, blieb ungeklärt.[4] Wenn man daher den Versuch Enneccerus vielfach als Ausgangspunkt der modernen Anwartschaftsrechtslehre ansieht[5], so trifft dies in erster

---

1) Vgl. Enneccerus, S. 601

2) Vgl. Enneccerus, a.a.O., S. 600 ff.

3) Vgl. Enneccerus, S. 602 ff., Jagdrecht; Fischereirecht; Recht des Finders auf Eigentumserwerb; Enteignungsrecht; Vorkaufsrecht; Vormerkung; Erbberechtigung.

4) Allerdings nahm Enneccerus für die von ihm aufgeführten Beispielsfälle das Vorliegen subjektiver Rechte an, wollte jedoch allgemein die Grenzziehung zum subjektiven Recht den Vorschriften des positiven Rechts überlassen; vgl. Enneccerus, S. 619 ff.

5) So z.B. Blomeyer Studien, S. 9; Forkel, S. 64, Sponer, S. 35.

Linie unter dem Gesichtspunkt zu, daß Enneccerus die systematische Bewältigung von Rechtsvorwirkungen nicht nur im engen Rahmen der Bedingungslehre suchte, sondern bei allen Fällen sukzessiver Tatbestandserfüllung ansetzte.

Z i t e l m a n n schlug von den Vorwirkungen bei sukzessiver Tatbestandserfüllung die Brücke zum Begriff des subjektiven Rechts.[1] Gleichzeitig brachte er dabei die vor endgültiger Tatbestandserfüllung zugunsten einer Person bestehende Aussicht auf künftigen Rechtserwerb unter den Begriff des Anwartschaftsrechts. Für dessen Bestimmung griff er auf ein weiteres wichtiges Kriterium zurück, das bei Enneccerus noch fehlte und deshalb den Begriff der Erwerbsberechtigungen als zu umfassend hatte erscheinen lassen. Hierzu stellte Zitelmann fest, daß auch bei erst teilweiser Tatbestandserfüllung bereits vielfach das rechtliche Können und Dürfen anderer Personen, die an einer Vereitelung der Aussicht auf künftigen Rechtserwerb hätten interessiert sein können, schon gegenwärtig eingeschränkt war. Damit war genau das Pendant zum Begriff des subjektiven Rechts als eines "rechtlichen Könnens" erfaßt. Denn der Einschränkung des rechtlichen Könnens und Dürfens anderer Personen mußte - soweit diese Einschränkung bestand - ein rechtliches Können dessen entsprechen, der die Aussicht auf künftigen Rechtserwerb hatte. So ergab sich für Zitelmann aus der Einschränkung der Rechtsmacht anderer der Schluß auf das Vorliegen eines subjektiven Rechts bei der durch diese Einschränkungen geschützten Person.[2] Der schon gegenwärtige Schutz des künftigen Erwerbers war danach das wesentliche Charakteristikum, das das als subjektives Recht erfaßte Anwartschaftsrecht kennzeichnete. Gleichzeitig ermöglichte es eine Prüfung, ob der Vielzahl der festzustellenden Rechtsvorwirkungen im Einzelfall die

---

1) Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. 2, (1898) S. 50 ff.

2) Vgl. Zitelmann, S. 52.

Qualität subjektiver Rechte zukam.[1]

Mit Hilfe der von Zitelmann entwickelten Kriterien ließ sich eine allgemeine Definition des Anwartschaftsrechts aufstellen. Bereits v. T u h r gelang es daher, die bisherigen Ergebnisse zusammenzufassen und vom Begriff der Anwartschaft als der durch eine bereits teilweise erfüllte Rechtsentstehungstatsache begründeten Erwerbsaussicht zum Begriff des Anwartschaftsrechts überzuleiten. Hiernach bestand ein den subjektiven Rechten zuzurechnendes Anwartschaftsrecht, wenn die Erwerbsaussicht einen rechtlichen Schutz erfuhr, der vom Willen des Anwärters abhängig und in sein Ermessen gestellt war.[2] So ließen sich auch die Ergebnisse der Bedingungslehre mit den aus der Analyse sukzessiv sich erfüllender Tatbestände gewonnenen Erkenntnissen verschmelzen. Die in den §§ 160, 161 BGB normierten Vorwirkungen waren daher nur noch wichtigster Anwendungsfall der Anwartschaftsrechtslehre, die dem bedingt Berechtigten ein durch diese Vorwirkungen begründetes Anwartschaftsrecht zusprach.[3]

II. Die Anerkennung des Anwartschaftsrechts als subjektives Recht war indessen nur Ansatzpunkt für die moderne Anwartschaftsrechtslehre. Dieser ging es vor allem um nähere Präzisierung bei der Beantwortung dogmatischer und systematischer Fragen. Die Bemühungen der Anwartschaftsrechtslehre auf theoretischem Gebiet galten daher in der Folge-

---

1) Allerdings räumte Zitelmann noch ein, "daß es bei den großen Verschiedenheiten des Stärkegrades der verschiedenen Anwartschaften mehr oder minder willkürlich ist, ob man von einem subjektiven Recht sprechen will oder nicht." Vgl. Zitelmann, S. 52.

2) Vgl. v. Tuhr, Bd. 1, S. 180 ff; ähnlich auch Kuhlenbeck, Bd. 1, S. 369; Crome, Bd. 1, S. 174 ff; Endemann, Bd. 1, S. 327 und Bd. 2, S. 402; Semeka ArchBürgR Bd. 35 (1910), S. 130

3) Vgl. Cosack, Bd. 1, S. 181; Dernburg BGB Bd. 1, S. 457; Goldmann-Lilienthal, Bd. 1, S. 195; Semeka ArchBürgR Bd. 35 (1910), S. 125; vgl. auch die unter 2) Genannten.

zeit insbesondere dem Verhältnis des Anwartschaftsrechts zum Vollrecht und damit zusammenhängend seiner Stellung innerhalb des Systems. Dabei versuchte man sowohl über die Entwicklung einer allgemeinen Theorie des Anwartschaftsrechts[1] wie auch über eine nähere Untersuchung spezieller Anwartschaften[2], insbesondere derer bei bedingten Rechtsgeschäften, zu konkreten Aussagen zu kommen. Die Diskussion um diese Fragen führte zwar bis heute noch zu keinem einheitlichen Ergebnis.[3] Sie konnte aber immerhin dazu beitragen, daß der Prozeß der Verselbständigung des Anwartschaftsrechts auch von der dogmatischen Seite her Hilfen empfing.

Zur Bewältigung der dogmatischen Probleme beim Anwartschaftsrecht aus bedingter Eigentumsübertragung griff man vielfach auf einen Gesichtspunkt zurück, der sich schon in der gemeinrechtlichen Bedingungslehre in Ansätzen vorfand. Dort war zur Erläuterung des Verhältnisses zwischen bedingt Berechtigtem und Verfügendem während des Schwebens der Bedingung der Gedanke einer gemeinschaftlichen Inhaberschaft am Gesamtrecht angeklungen und die Parallele zum Miteigen-

---

1) So z.B. Semeka, Das Wartrecht, ArchbürgR, Bd. 35 (1910), S. 121 ff; Würdinger, Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff (1928); Hopp, Eigentumsvorbehalt und Eigentumsanwartschaft (1938) S. 98 - 148; Forkel, Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht (1962).

2) So z.B. Brecht, Bedingung und Anwartschaft IherJ Bd. 61 (1912), S. 263 ff; Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft (1930), S. 86 ff; Letzgus, Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt (1938); Blomeyer, Studien zur Bedingungslehre (1939), S. 166 ff; Raiser, Dingliche Anwartschaften (1961); Georgiades, Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf (1963).

3) Vgl. z.B. Serick, S. 247 ff.

tum gezogen worden.[1] Mit Hilfe dieser Deutungsmöglichkeit versuchte schon die ältere Anwartschaftsrechtslehre der Lösung des Problems näher zu kommen.[2] Damit ergab sich eine theoretische Erklärungsmöglichkeit für das Anwartschaftsrecht aus einer engen Beziehung zum Vollrecht. Vor allem die Arbeiten B r e c h t s[3] und R a a p e s[4] zielten in der älteren Literatur in diese Richtung. Dabei wurde das Zeitmoment zum wesentlichen Mittel zur näheren Umschreibung der während des Schwebens der Bedingung bestehenden gemeinsamen Mitberechtigung.[5] Dies ermöglichte eine Aufsplitterung des Gesamtrechts in einen gegenwärtigen und zukünftigen zeitlichen Rechtsteil[6] oder - wie etwa Raape es ausdrückte[7] - die Annahme einer "Art Mitherrschaft in der Zeit".

Damit war eine qualitative Gleichstellung des zukünftigen Rechtsteils mit dem Vollrecht vollzogen und gleichzeitig dessen systematischer Standort bestimmt. Andererseits wurde jedoch die Konstruktion eines gegenwärtig schon vorhande-

---

1) Vgl. Bekker, Bd. 2, S. 340 "Bei bedingten Übertragungen entsteht meist ein eigentümliches an das Miteigentum erinnerndes Gemeinschaftsverhältnis unter den Beteiligten ... keiner ist zur Zeit Alleinherr des bedingt übertragenen Rechts, jeder wird durch die dem anderen zustehenden Befugnisse beschränkt, aber beide zusammen vermögen gerade so viel wie sonst ein Alleinherr."

2) Vgl. im einzelnen Forkel, S. 74 f.

3) Bedingung und Anwartschaft Iher J Bd. 61 (1912), S. 263 ff.

4) Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuches (1908), S. 135 ff; ebenso Siber KritVJ Schr. Bd. 49 (1911), S. 56 ff.

5) Zur Bedeutung des Zeitmoments in der gemeinrechtlichen Bedingungslehre insbesondere bei Fitting, vgl. oben S. 89, Fußn. 4.

6) Vgl. Brecht, a.a.O., S.265.

7) Vgl. Raape, a.a.O., S. 138.

nen Rechts überflüssig,[1] und damit entfiel auch die Möglichkeit, die gegenwärtig schon vorhandenen Vorwirkungen systematisch zu erfassen. Dennoch behielt man von dieser Theorie die systematische Zuordnung des Anwartschaftsrechts zu dem Recht, auf dessen Erwerb es gerichtet ist, bei.[2] Dieser Gedanke wurde präzisiert in der von S c h w i s t e r[3] gefundenen und später vom BGH[4] übernommenen Formulierung, die Anwartschaft des Vorbehaltskäufers sei im Verhältnis zum Eigentum "kein aliud, sondern höchstens ein wesensgleiches minus." Der Teilungsgedanke wurde demgegenüber jedoch noch weiter modifiziert. Zwar spielte das Zeitmoment hierbei nach wie vor eine wesentliche Rolle. Es steckte jedoch mehr oder weniger nur noch den zeitlichen Rahmen ab, innerhalb dessen der Teilungsgedanke im Verhältnis zwischen Eigentümer und Eigentumsanwärter relevant wurde. Daher wurde das Teilungsprinzip nicht mehr in einer zeitlich nacheinander geschachtelten Rechtsinhaberschaft gesehen und damit die Anwartschaft nur als zukünftiger Rechtsteil erfaßt.[5] Das führte zu einer Aufspaltung des Rechts zwischen mehreren zeitlich aufeinanderfolgenden Berechtigten nicht in der Zeit, sondern auf Zeit. Mit dieser

---

1) So ausdrücklich Brecht, a.a.O., S. 273 f. Vgl. auch S. 265 "Nicht aber die Lostrennung eines gegenwärtigen, sich dann zum Eigentum entwickelnden Rechtsgebildes."

2) Kritisch eingewendet wurde vor allem, die Abspaltung eines noch in der Zukunft liegenden Rechtsteils widerspreche der Vorstellung vom Eigentum als einem einheitlichen Recht mit unbegrenzter Dauer; so z.B. v.Tuhr, Bd. 2, 2.Teil, S.192; Anm.5; Hopp, S. 96 ff; Blomeyer Studien, S. 139; gegen den Gedanken einer zeitlichen Teilung auch Oertmann, S. 123 f.

3) Vgl. Schwister JW 1933, S.1762.

4) Vgl. BGHZ, S. 16 ff.

5) So z.B. schon bei v.Tuhr Bd. 2, 1.Teil, S. 68 "Das dem Veräußerer verbleibende Recht wird zwar mit dem Namen des Vollrechts bezeichnet, ist aber eine durch Abzweigung der Anwartschaft geminderte Rechtsmacht." Ähnlich auch Oertmann, S. 125, allerdings ohne Annahme eines subjektiven Rechts, "Der Verfüger hat genau dasselbe Quantum an Rechtssubstanz weniger, das der Erwerber erlangt hat. Vgl. auch Schnorr v.Carolsfeld KritVJ Schr. Bd. 66 (1939), S. 179 Die Begründung einer Anwartschaft bedeutet "die Übertragung eines Ausschnitts aus dem Vollrecht auf den Käufer."

Teilung des Eigentums im - wie L e t z g u s formulierte[1] - "Querschnitt" waren auch die gegenwärtigen Vorwirkungen mit dem gegenwärtig vorhandenen Rechtsteil zur Einheit gebracht und in dem Begriff des Anwartschaftsrechts eingefangen.[2]

Dem mit Hilfe des Teilungsprinzips unternommenen Versuch einer dogmatischen Begründung des Anwartschaftsrechts, wie er etwa in der Darstellung R a i s e r s [3] gipfelt, ist grundlegende Kritik jedoch nicht erspart geblieben. Die Abspaltung des Anwartschaftsrechts als dingliches Eigentumsfragment wurde als reine Hypothese bezeichnet[4], die Annahme eines gegenüber dem Eigentum verselbständigten Rechts als nicht zutreffend und nicht erforderlich angesehen.[5] Sowohl der Gedanke einer zeitlich geteilten Sachherrschaft wie auch der einer Umwandlung des Anwartschaftsrechts in das Vollrecht wurde als mit dem geltenden System unvereinbar abgelehnt.[6] Auch machte man geltend, daß der Teilungsgedanke dem Problem nur unvollkommen gerecht werde.[7]

---

1) Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt, S. 14.

2) Für eine völlige Trennung von Anwartschaft und Vorwirkungen dagegen Würdinger passim, insbesondere S. 5o ff, 82, 86.

3) Dingliche Anwartschaften (1961).

4) Vgl. Flume AcP Bd. 161 (1962), S. 391.

5) Vgl. Brecht Iher J Bd. 61 (1912), S. 274; Oertmann, S. 125. Ohne den Begriff des Anwartschaftsrechts beim Vorbehaltskauf kommt auch Blomeyer aus (vgl. Blomeyer Studien, S. 166 ff; AcP Bd. 153 (1954), S. 239 ff), der bei fast einhelliger Ablehnung des gesamten Schrifttums (vgl. Forkel, S. 65, Fußn. 11 m.w.N.,zustimmend nur Henke, S. 50 f) die Stellung des Vorbehaltskäufers als Eigentümer erfaßt und dem Vorbehaltsverkäufer nur ein Nutz- und Verfallpfandrecht zuspricht. Vgl. im einzelnen Raiser, S. 52 ff; auch der Bundesgerichtshof hat sich gegen den von Blomeyer vertretenen Standpunkt ausgesprochen. Vgl. BGHZ 10, S. 69.

6) Vgl. v.Tuhr Bd. 2, 2.Teil, S. 292, Anm.5; Hopp, S. 96ff; Blomeyer Studien S. 129 und AcP 153 (1954), S. 248; Flume Rechtsgeschäft, S. 734.

7) Vgl. vor allem Forkel, S. 76 f, mit dem Hinweis, daß nur ein Teil der Vorwirkungen inhaltlich mit den Rechtsfolgen des Vollrechtsübereinstimmt.

Bei aller Kritik ist jedoch nicht zu verkennen, daß der Teilungsgedanke maßgeblich zur Verselbständigung vor allem der Vorbehaltskäuferposition beigetragen hat, wie sie von der Wirtschaftspraxis verlangt wurde. Die Annahme geteilter Rechtsbefugnisse wurde daher für die Erschließung der der Vorbehaltskäuferanwartschaft als Gegenstand des Rechtsverkehrs und als Haftungsobjekt in theoretischer Hinsicht eine wenn auch nicht in allen Punkten befriedigende, so doch immerhin plausible und brauchbare Grundlage.

## § 13 Die Ergebnisse der Rechtsfortbildung in der neueren Rechtspraxis

In der Praxis hatte der Prozeß der Verselbständigung der Vorbehaltskäuferstellung deutlich erkennbare Tendenzen. Dabei zeichneten sich Entwicklungslinien ab[1], die in letzter Konsequenz darauf abzielten, die Käuferanwartschaft schon Eigentumsfunktionen erfüllen zu lassen, dem vorbehaltenen Eigentum dagegen einen pfandrechtsähnlichen Inhalt zu geben. Zunächst war die Praxis jedoch äußerst zurückhaltend gegenüber den theoretischen Ergebnissen der Anwartschaftsrechtslehre. Denn sie konnte nur auf induktivem Wege über die Behandlung von Einzelfragen zu einer rechtlichen Verselbständigung der Vorbehaltskäuferstellung gelangen. Da nur bestimmte Eigenschaften des Vorbehaltskäuferrechts wirtschaftliches Interesse genossen, erfolgte eine Annäherung der Rechtspraxis an die Anwartschaftsrechtslehre auch am ehesten durch eine fortschreitende Entscheidung von Einzelproblemen. Hier waren es vor allem die Fragen der rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit und der Pfändbarkeit[2], bei denen die Tendenz des Entwicklungsprozesses der Vorbehaltskäuferanwartschaft in der Rechtsfortbildung sichtbar wurde.

---

1) Vgl. hierzu insbesondere Heitmann, S. 29 ff.

2) Vgl. oben S. 110 ff.

I. Bei der Frage, ob und in welcher Weise über die Vorbehaltskäuferstellung verfügt werden könne, ging es darum, die gesicherte und geschützte Position des Vorbehaltskäufers für eine rechtsgeschäftliche Übertragung rechtlich hinreichend zu verfestigen. Eine Möglichkeit hierzu wurde zunächst vielfach nicht gesehen, wenn man auch stets den wirtschaftlichen Wert der Vorbehaltskäuferstellung anerkannte. Auf der Grundlage dieser Vorstellung wurde die Verfügung des Vorbehaltskäufers unter dem Gesichtspunkt der Verfügung eines Nichtberechtigten über das Eigentum des Verkäufers erfaßt.[1] Wirksamkeit konnte diese Verfügung daher nur bei Vorliegen der Gutglaubensschutztatbestände, der Zustimmung des Vorbehaltsverkäufers bzw. bei Erwerb des Kaufgegenstandes durch den Käufer selbst erlangen.[2] Damit war jedoch für eine bereits gegenwärtige Realisierung des in der gesicherten Position des Vorbehaltskäufers verkörperten wirtschaftlichen Wertes wenig gewonnen. Die Konstruktion einer Verfügung über fremdes Recht hatte nachteilige zivilrechtliche[3], ja sogar strafrechtliche Aspekte.[4] Wenn man daher auch beispielsweise bei der Prüfung einer Einwilligung des Verkäufers keine allzu hohen Anforderungen stellte[5], war mit der

---

1) Vgl. z.B. OLG München OLGE Bd. 33 (1916), S. 271 und HRR 1930 Nr. 1916; OLG Frankfurt HRR 1930 Nr. 1209; OLG Köln JW 1934, S. 353; RGZ 95, S. 107 a.E.; vgl. hierzu auch Reinicke, S. 22 ff.

2) Vgl. hierzu Letzgus, S. 6 ff.

3) Zu den nachteiligen zivilrechtlichen Konsequenzen bei einem Durchgangserwerb des Vorbehaltskäufers im Falle des § 185 Abs. 2, S.1 BGB vgl. Reinicke, S. 22.

4) Vgl. z.B. RG HRR 1935 Nr. 1587 unter Hinweis auf § 246 StGB.

5) Vielfach wurde bereits der seitens des Verkäufers widerspruchslos gelassene Weiterverkauf als Zustimmung gem. § 182 BGB angesehen; vgl. OLG Hamm JW 1927, S. 730; KG JW 1929, S. 2164; OLG Köln JW 1934, S. 353; RGZ 115, S. 262.

Verneinung eines eigenen veräußerungsfähigen Rechts des Käufers der direkte Weg zu einer Verselbständigung der Vorbehaltskäuferstellung blockiert. Fortschritte brachte dann die Erkenntnis, daß der Vorbehaltskäufer bei einer Verwertung seiner Position nicht über einen fremden, sondern über einen eigenen Vermögensgegenstand verfügen will. Als Verfügungsgegenstand wurde dabei jedoch zunächst nur der durch den Kaufvertrag begründete schuldrechtliche Anspruch auf Verschaffung des Eigentums erfaßt. Das bedingte[1] die vor allem anfangs vom Reichsgericht gewählte Konstruktion einer Forderungsabtretung seitens des Vorbehaltskäufers. Aufgrund einer solchen Abtretung sollte der Dritterwerber dann berechtigt sein, bei Bedingungseintritt die Übertragung des Eigentums vom Verkäufer zu verlangen.[2] Diese Konstruktion ging ersichtlich von der Annahme aus, daß der Verkäufer bis zum Eintritt der Bedingung aus dem Kaufvertrag verpflichtet ist, den Käufer zum Eigentümer der Sache zu machen, so daß sich der Vollrechtserwerb nicht kraft der aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung, sondern in Erfüllung des Kaufvertrages vollzieht.[3] Damit war aber auch das Erfordernis aufgestellt, daß Verkäufer und Dritterwerber bei Bedingungseintritt über den Eigentumsübergang einig sein mußten.[4] Zwar ermöglichte man so einen Eigentumserwerb direkt vom Verkäufer ohne Durchgangserwerb des Käufers. Gleichzeitig wurde jedoch das Ergebnis durch die nur schuldrechtliche verankerte Konstruktion wieder entwertet. In

---

1) Vgl. RGZ 95, S. 105 ff; ebenso KGJW 1935, S. 3168; vgl. auch Fromherz ZZP Bd. 38 (1909), S. 51.

2) Vgl. RGZ 95, S. 107.

3) Vgl. RGZ a.a.O.; gegen das Bestehen eines noch abtretbaren Anspruchs Emmerich, S. 51, Fußn. 160; Oertmann ZHR Bd. 93, S. 388; Rühl, S. 194; Reinicke, S. 21 f.

4) Vgl. RGZ 95, S. 107 unter Hinweis auf RGZ 64, S. 204 und 66, S. 345; in RGZ 66, S. 349 war das Reichsgericht jedoch davon ausgegangen, daß es im Falle des Eintritts der Bedingung keiner weiteren Willenseinigung mehr bedürfe.

theoretischer Hinsicht kam als entscheidende Schwäche hinzu, daß das Erfordernis des Einigseins bei Bedingungseintritt mit den Wirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts nicht in Einklang zu bringen war.[1)]

Angesichts der intensiven dogmatischen Bemühungen um das Anwartschaftsrecht seit Inkrafttreten des BGB setzte sich auch in der Praxis die Tendenz durch, bei der Frage der Übertragbarkeit der Vorbehaltskäuferstellung beim Anwartschaftsrecht selbst anzusetzen. So kam es, daß das Reichsgericht im Jahre 1933 seine ältere Rechtssprechung aufgab und von einem, dem Vorbehaltskäufer zustehenden Anwartschaftsrecht als Gegenstand der Übertragung ausging.[2)] Gleichzeitig hiermit wurden die Eigentumsübertragungsvorschriften des Mobiliarsachenrechts für die Übertragung der Vorbehaltskäuferanwartschaft für anwendbar erklärt.[3)] Der letzte entscheidende Schritt zur vollen Verselbständigung der Käuferanwartschaft ließ jedoch noch immer auf sich warten. Denn trotz Anerkennung der Übertragbarkeit machte das Reichsgericht die Wirksamkeit der Übertragung der Vorbehaltskäuferanwartschaft im Grundsatz von der Zustimmung des Vorbehaltsverkäufers abhängig.[4)] Bei Fehlen dieser

---

1) Vgl. hierzu etwa Rühl, S. 195.

2) Vgl. RGZ 14o, S. 223 ff; im Ergebnis ließ das RG freilich die Unrichtigkeit der Theorie von der Anspruchsabtretung dahinstehen und stellte für den Eigentumsübergang auf den Dritterwerber ohne Durchgangserwerb des Vorbehaltskäufers auf das einverständliche Zusammenwirken aller Beteiligten ab. Immerhin stellte es jedoch fest, Gegenstand der Übertragung sei die Anwartschaft des Käufers; vgl. RG a.a.O., S. 226 f.

3) Vgl. RGZ 14o, S. 229; ebenso RG in Seuff Arch. Bd. 91 (1937), S. 261 f.

4) Vgl. RGZ a.a.O., S. 225 und S. 227 in Auseinandersetzung mit der Rechtsauffassung der Vorinstanz. Vor allem Reinicke hat gegen das Zustimmungserfordernis zu Recht angeführt, daß damit in Wahrheit die Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts überhaupt geleugnet werde. Vgl. im einzelnen Reinicke, S. 30.

Zustimmung sollte der Dritterwerber bei Eintritt der Bedingung Eigentum nicht unmittelbar auf Grund des ihm übertragenen Anwartschaftsrechts direkt vom Verkäufer, sondern unter Durchgangserwerb des Käufers erlangen. Konstruktiv beruhte dieses Ergebnis weiterhin auf der Annahme, daß für einen direkten Erwerb vom Eigentümer grundsätzlich mit diesem eine Einigung gem. § 929 BGB erforderlich sei. In seinen praktischen Konsequenzen hat das Reichsgericht allerdings das Zustimmungserfordernis abgemildert und damit "ein weitgehendes Entgegenkommen gegenüber den Bedürfnissen des geschäftlichen Verkehrs"[1] Denn nach der sog. erweiterten Anwartschaftsübertragung[2] wurde das Zustimmungserfordernis als erfüllt angesehen, wenn schon der Eigentümer auf die Anzeige der Übertragung schwieg.[3] Nach heftiger Kritik am Zustimmungserfordernis durch die Rechtslehre[4] vollzog sich schließlich auch in der Rechtsprechung die endgültige Verselbständigung der Vorbehaltskäuferstellung für den Bereich des rechtsgeschäftlichen Verkehrs. Im Jahre 1956 verzichtete der Bundesgerichtshof auf die Zustimmung des Vorbehaltsverkäufers zu einer Übertragung des Anwartschaftsrechts und lehnte gleichzeitig einen Durchgangserwerb des Vorbehaltskäufers bei Bedingungseintritt ab.[5] Damit waren die Eigentümerbefugnisse des Vorbehaltsverkäufers im wesentlichen nur noch relevant, soweit sein Sicherungsinteresse betroffen war.

---

1) Vgl. RGZ a.a.O., S. 229.

2) Vgl. hierzu Letzgus, S. 16.

3) Vgl. RGZ 140, S. 229.

4) Vgl. vor allem Schwister JW 1933, S. 1762, S. 1857; Letzgus, S. 10 ff; Reinicke, S. 21 ff.

5) Vgl. BGHZ 2o S. 88 ff; vorher schon LG Köln NJW 1954, S. 1773; OLG Celle NJW 1955, S. 671 ff; LG Bückeburg NJW 1955, S. 1156; anderer Ansicht noch OLG Stuttgart NJW 1951, S. 445.

II. Ähnliche Züge wie die Entwicklung der Übertragbarkeit der Vorbehaltskäuferanwartschaft kennzeichneten auch die Behandlung des Pfändungsproblems. Auch hier hatte die Praxis zunächst Wege beschritten, die die Figur des Anwartschaftsrechts unberücksichtigt ließen.[1] Nach den vollstreckungsrechtlichen Bedürfnissen stand im Vordergrund des Interesses, dem Vollstreckungsgläubiger des Käufers die Möglichkeit zu verschaffen, durch Zahlung des Kaufpreisrestes den Eigentumserwerb des Käufers herbeizuführen und so ein Interventionsrecht des Verkäufers bei Vollstreckung in die Kaufsache auszuräumen.[2] Dieses Ziel versuchte man zunächst dadurch zu erreichen, daß man den Vorbehaltsverkäufer als verpflichtet ansah, im Falle einer Pfändung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sache den Kaufpreisrest auch bei Widerspruch des Käufers vom Vollstreckungsgläubiger entgegenzunehmen. Dieses dem Wortlaut des § 267 Abs. 2 BGB widersprechende Ergebnis wurde unter Hinweis auf das Verbot unzulässiger Rechtsausübung begründet.[3] Hiernach wurde eine Verweigerung der Zahlungsannahme mit dem Ziel, die Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers zu verhindern, als schlechterdings unwirksam angesehen. Gleichzeitig sollte eine unwirksame und damit unberechtigte Verweigerung der Zahlungsannahme eine treuwidrige Vereitelung des Bedingungseintritts

---

1) Vgl. z.B. LG Berlin KGBl 1904, S. 39 und S. 56; Bendix KGBL. 1905, S. 69.

2) Vgl. oben S. 112.

3) Vgl. LG Berlin KGBL a.a.O.; ebenso OLG Stuttgart OLGE Bd. 40 (1920), S. 404; vgl. auch Kuhnt JW 1913, S. 191; Lazarus, S. 112; hiergegen etwa KG OLGE Bd. 20 (1910), S. 349 und Bd. 23 (1911), S. 219; OLG Dresden OLGE Bd. 35 (1917), S. 181; ebenso Bing Recht 1907, S. 1247.

beinhalten und damit die Rechtsfolge des § 162 BGB auslösen, was dem Verkäufer die Klagemöglichkeit aus § 771 ZPO entzog.

Die reine Pfändung der Vorbehaltssache mit der Maßgabe, daß hierdurch allein das Widerspruchsrecht aus § 267 Abs.2 BGB ausgeräumt wurde, erwies sich in der Begründung des gewünschten Ergebnisses als zu dürftig. Daher setzte sich bald die Erkenntnis durch, daß der Anknüpfungspunkt der Pfändung eine eigene, dem Vorbehaltskäufer zustehende Rechtsposition sein müsse, um dessen Widerspruchsrecht aus § 267 Abs.2 BGB auszuschalten. Ähnlich wie bei der Frage der Übertragbarkeit versuchte man, in einer schuldrechtlichen Position des Vorbehaltskäufers ein geeignetes Pfändungsobjekt zu sehen. Auch für das Pfändungsproblem sollte daher ein Anspruch gegen den Verkäufer, bei Bedingungseintritt den Eigentumserwerb beim Käufer herbeizuführen, weiterhelfen.[1] Dies bereitete jedoch in konstruktiver Hinsicht dieselben Schwierigkeiten wie die Begründung der Übertragbarkeit der Vorbehaltskäuferstellung im Wege einer Anspruchsabtretung.[2] Bedingt durch diese Schwäche der von der Praxis entwickelten Konstruktionsmöglichkeiten versprach daher nur die Herauslösung eines Rechts des Käufers aus dem vorbehaltenen Eigentum des Verkäufers ein befriedigendes Ergebnis, das auch in seiner dogmatischen Begründung standhielt. Dieser Fortschritt ließ sich unter Zuhilfenahme der von der Rechtslehre angebotenen Figur des Anwartschaftsrechts als Inbegriff der Befugnisse des Vorbehalts-

---

1) So die überwiegende ältere Praxis; vgl. z.B. KG KG Bl. 1904, S. 38; KG OLGE Bd. 4 (1902), S. 366, S. 219; OLG Dresden OLGE Bd. 35 (1917), S. 181, ebenso Bing Recht 1907, S. 1247; Fromherz ZZP Bd. 38 (1909), S. 53.

2) Vgl. oben S. 125; gegen die Theorie einer Anspruchspfändung etwa schon Horn KGEL 1904, S. 61; Liebrecht KGBl 1905, S. 13; Emmerich, S.51, Fußn. 160 und S. 55 f.

käufers erzielen.[1] Denn diese Konstruktion ermöglichte es dem Vollstreckungsgläubiger, dem Schuldner sämtliche Befugnisse aus dem Kaufvertrag und an der unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sache zu entziehen. Bei einem vollstreckungsrechtlichen Zugriff dieses Inhalts und Umfangs ließ sich ein Widerspruchsrecht des Schuldners gem. § 267 Abs.2 BGB gegen die Zahlung des Restkaufpreises durch den Gläubiger ausschalten.[2] Wollte der Gläubiger jedoch in solchem Falle auf die Sache selbst zurückgreifen, so war es - wie man schon verhältnismäßig früh meinte - weiter erforderlich, daß der Gläubiger auch die Sache selbst pfändete, weil sich das Pfandrecht an dem Anwartschaftsrecht nicht an der Sache ohne Kenntlichmachung fortsetzen konnte.[3] Die Pfändung des Anwartschaftsrechts war daher das gesuchte konstruktive Vehikel, um zu einer wirksamen und im Interventionsprozeß unangreifbaren Verpfändung zu gelangen. Durch die Zahlung des Restkaufpreises durch den pfändenden Gläubiger ließ sich die Sicherungsfunktion, die der Eigentumsvorbehalt für den Vorbehaltsverkäufer hatte, beseitigen und so eine ähnliche Rechtslage herbeiführen, wie sie gem. § 1249 BGB bestehen würde, wenn der Kaufgegenstand lediglich mit einem Pfand-

---

1) Vgl. hierzu KG Seuff Arch Bd. 65 (1910), S. 37 und OLGE Bd. 2o (1910), S. 349; Bd. 23 (1911), S. 219 und Bd. 33 (1916), S. 271; LG Dresden ZZP Bd. 39 (19o9), S. 524 ff; aus der Literatur vgl. vor allem Kaufmann Sächs.Arch 19o9, S. 33o ff; Rühl, S. 172; Holtz, S. 61; Schwister DJZ 1934, S. 1629 ff; Reinicke, S. 63.

2) Vgl. z.B. KG OLGE Bd. 2o (191o), S. 35o "Dagegen wird durch die Pfändung und Überweisung das Recht des Schuldners zum Widerspruch gegen die Leistung durch den Gläubiger beseitigt."

3) Vgl. Rühl, S. 172; Holtz, S. 65; Reinicke, S. 37. Für die Umwandlung des Pfandrechts am Anwartschaftsrecht in ein Pfandrecht an der Sache bei Bedingungseintritt dagegen Emmerich, S. 56 Fußn. 173; Letzgus, S. 49.

recht des Verkäufers und Warenkreditgebers belastet wäre. Dabei zielten die Versuche, die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers auf dem Gebiete des Vollstreckungsrechts zu verselbständigen, letztlich darauf ab, auf dem Umweg über die Konstruktion des Anwartschaftsrechts die Position des Vorbehaltskäufers in ihrer rechtlichen Ausgestaltung der eines Eigentümers anzunähern und die Position des Verkäufers auf die eines Pfandrechtsinhabers zu beschränken. Allerdings ließ sich angesichts des eindeutigen Wortlauts der gesetzlichen Vorschriften hieraus nicht die letzte rechtliche Konsequenz ableiten. Dies hätte nämlich bedeutet, eine Pfändung des Vorbehaltskäuferrechts nach den Vorschriften über die Sachpfändung zuzulassen und die konkurrierenden Interessen von Vorbehaltskäufer und Pfändungsgläubiger nach § 8o5 ZPO auszugleichen. Zwar wurden mehrfach Versuche unternommen, in dieser Weise die wirtschaftliche Funktion des Eigentumsvorbehalts und der Käuferanwartschaft mit ihrer rechtlichen Behandlung zu einer Einheit zu bringen.[1] Gegenüber der von der h.M. angewendeten Theorie der Doppelpfändung[2] konnten sie sich jedoch nicht durchsetzen. Dies lag wohl daran, daß die h.M. durch eine zum Teil umständliche Lösung immerhin aber doch konstruktiv weniger angreifbar das gewünschte Ergebnis zuließ, ohne den Bruch, den das Anwartschaftsrecht für das System darstellte, allzu offensichtlich zu machen. Als Haftungsobjekt hatte sich die Vorbehaltskäuferstellung jedoch in einer Weise verfestigt, die wirtschaftlich betrachtet fast eine Gleichstellung mit einem zugunsten des Vorbehaltsverkäufers belasteten Eigentum zuließ.

---

1) So schon v. Tuhr Bd. 1, S. 18o ff und Bd. 2, 2.Teil, S. 3o8; vgl. weiterhin Reese, S. 52; Heitmann, S. 66; Bauknecht NJW 1954, S. 1749; Schmidt MDR 1955, S. 448; Braun NJW 1962, S. 383; Raiser, S. 9o ff; Rosenberg, S. 1o72; Esser Bd. 2, S. 66.

2) Vgl. insbesondere BGH NJW 1954, S. 1325 = LM § 857 ZPO Nr.2; vgl. im übrigen die erschöpfenden Nachweise für die h.M. bei Sponer, S. 163 Fußn. 1.

III. Trotz dieser eindeutigen Tendenzen zur Verselbständigung des Vorbehaltskäuferrechts und seiner Herauslösung aus dem Eigentum des Verkäufers, die sich auch in anderen wichtigen Bereichen äußerten[1], hat die Rechtsfortbildung bis heute der Vorbehaltskäuferstellung in einem wesentlichen Punkt eine Verselbständigung versagt. Ausgehend von einer schon früh in der Praxis vertretenen Auffassung[2] nimmt auch die heute noch h.M. an, daß der Vorbehaltskaufvertrag bis zum Eigentumsübergang mit Eintritt der Bedingung vom Verkäufer noch nicht vollständig erfüllt ist.[3] Die hiernach zulässige Anwendung des § 17 KO nimmt dem Anwartschaftsrecht des Vorbehaltkäufers im Falle einer Ablehnung der Erfüllung des Kaufvertrages die Konkursbeständigkeit und damit vor allem im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers einen Großteil ihres Wertes. Zwar hatte sich stets eine beachtliche Mindermeinung gegen die Anwendbarkeit des § 17 KO ausgesprochen.[4] Auch hatte schon das Reichsgericht, offensichtlich von den Argumenten dieser Mindermeinung beeindruckt, die Möglichkeit einer Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung eingeräumt.[5] Gleichzeitig hatte das

---

1) So bei der Frage des Rechtsschutzes gegenüber Dritten (vgl. RGZ Bd. 17o, S. 1ff; Flume, Rechtsgeschäft, S. 74off; Georgiades, S. 55 ff; Raiser, S. 4o ff und S. 75 ff; Serick Bd. 1, S. 273 ff), bei der Stellung im Haftungsverband bei gesetzlichen Pfandrechten und Grundpfandrechten (vgl. BGHZ 35, S. 85 ff; Reinicke passim, insbesondere S. 7 ff und S. 37 ff; Letzgus, S. 27 ff; Flume Rechtsgeschäft S. 746 ff; Georgiades, S. 88 ff; Sponer, S. 98 ff), des gutgläubigen Erwerbs (vgl. BGHZ 1o, S. 69 ff; Flume Rechtsgeschäft, S. 735 ff; Georgiades, S. 42 ff; Raiser, S. 35 ff; Serick, S. 267 ff); nicht vollständig gelöst ist dagegen die Frage der Besitzlage, insbesondere bei Weiterübertragung des Anwartschaftsrechts (vgl. einerseits BGHZ 28, S. 16 ff; vgl. aber auch Flume, Rechtsgeschäft, S.739 ff und die Übersicht bei Serick Bd. 1, S.26o ff).

2) Vgl. RGZ 64, S. 2o6; 63, S. 336; 66, S. 347; 133, S. 43.

3) Vgl. Jaeger-Lent § 17 KO m.w.N.

4) Vgl. Oertmann LZ 1927 Sp. 9 ff und ZHR Bd. 93 (1929), S. 356 ff; Rühl, S. 193 ff, 2o4; Siebert JW 1933, S. 244o f; Blomeyer Studien, S. 229; Letzgus, S. 66 ff.

5) RGZ 14o, S. 16o.

Reichsgericht jedoch mit der Annahme einer Einschränkung des Wahlrechts aus § 17 KO durch den Einwand unzulässiger Rechtsausübung die weitere Richtung gewiesen.[1] Daher hielt die h.M. an der Auffassung fest, daß wegen Nichtbewirkens des geschuldeten Leistungserfolgs der Eigentumsvorbehaltskaufvertrag bis zum Bedingungseintritt noch nicht vollständig erfüllt sei.[2] Die Kritik an dieser Auffassung hat jedoch weiter zugenommen, so daß die Frage der Konkursbeständigkeit der Käuferanwartschaft immer wieder zur Diskussion gestellt wird.[3] Eine erneute Stellungnahme der Rechtsprechung erschien daher wünschenswert.[4]

## § 14 Reformversuche

Die Entwicklung der Vorbehaltskäuferanwartschaft durch die Rechtsfortbildung hatte die Richtung dieser Entwicklung sichtbar werden lassen. Mit zunehmender Anzahl gesicherter Einzelergebnisse wurde offensichtlich, daß sich das vorbehaltene Eigentum wirtschaftlich auf ein Pfand zurückentwickelt hatte, die Stellung des Vorbehaltskäufers dagegen mehr und mehr eigentümerähnliche Züge bekam. Dies legte den Vorschlag nahe, aus der Entwicklung der Vorbehaltskäuferanwartschaft gesetzliche Konsequenzen zu ziehen. Eine Bereinigung der dogmatischen und systematischen Probleme war indessen allenfalls mit entscheidend für die schon früh einsetzenden Bestrebungen, dem Mobiliarkredit durch eine

---

1) Vgl. RG a.a.O., S. 163.

2) Umfassend dargestellt bei Serick Bd. 1, S. 334 ff und S. 354 ff mit zahlreichen Nachweisen.

3) Zuletzt von Wieser NJW 1970, S. 913 ff.

4) Der Bundesgerichtshof hat ausdrücklich zu dem Problem noch nicht Stellung genommen, ist jedoch in mehreren obiter dicta von der h.M. ausgegangen. Vgl. BGH NJW 1954, S. 1326; BGHZ 50, S. 248 f; vgl. auch Serick, Bd. 1, S. 334 unter Hinweis auf BGH NJW 1962, S. 2297; für den Konkurs des Vorbehaltskäufers hat der Bundesgerichtshof dagegen die Anwendbarkeit des § 17 KO ausdrücklich bejaht. Vgl. BGH Betr 1967, S. 1537.

gesetzliche Reform[1] eine neue tragfähige Basis zu geben. Entscheidender hierfür war die Tatsache, daß der Eigentumsvorbehaltskauf angesichts seiner unzulänglichen Regelung wirtschaftlich außer Kontrolle zu geraten drohte. Für eine Reform des Mobiliarkreditsicherungsrechts ergab sich immerhin jedoch auch die Notwendigkeit, die systematischen Fragen, die die Entwicklung der Vorbehaltskäuferanwartschaft aufgeworfen hatte, im Auge zu behalten und wo möglich zu lösen.

Umfassende Vorschläge zur Reform des Sachkredits ohne Besitz gingen insbesondere von der Akademie für Deutsches Recht aus. L e h m a n n faßte diese Reformbestrebungen im Jahre 1937 in einer Denkschrift mit einem Gesetzesvorschlag zusammen.[2] Der Entwurf postulierte als Ersatz für die Sicherungsübereignung die Einführung einer Mobiliarhypothek[3], während beim Eigentumsvorbehaltskauf die Konstruktion des geltenden Rechts beibehalten werden sollte.[4] Gleichwohl ging man jedoch von der Überlegung aus, daß für die Umbildung des Eigentumsvorbehaltskaufs in eine Mobiliarhypothek dieselben Gründe sprächen wie im Falle der Sicherungsüber-

---

1) Mit Reformfragen befaßt haben sich schon der 31. Deutsche Juristentag (1912) und der 32. Deutsche Juristentag (1921). Vgl. Gutachten Salinger in: Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages Bd. 1, S. 4o9 ff mit dem Vorschlag, die Sicherungsübereignung abzuschaffen und für die Sicherung an Sachgesamtheiten ein Registerpfandrecht einzuführen; vgl. auch die Referate der Berichterstatter Geiler und Melchior in: Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages Bd. 1, S. 185 ff mit einer nachhaltigen Empfehlung zur Einführung der Mobiliarhypothek. Auch die Abstimmung nach der Diskussion ergab ein einstimmiges Votum für die Mobiliarhypothek. Zwar stand die Ablösung der Sicherungsübereignung durch eine Mobiliarhypothek im Vordergrund der Reformdiskussion. Die Einführung der Mobiliarhypothek wurde jedoch auch als Sicherungsmittel für Warenkredite und damit als Ersatz für den Eigentumsvorbehalt gefordert. Vgl. Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages Bd. 1, S. 226; über die Reformbestrebungen der 20er Jahre vgl. Lehmann, S. 5.

2) Lehmann, Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen.

3) Vgl. Lehmann, S. 38 ff.

4) Vgl. Lehmann, S. 56 ff.

eignung, daß Gesichtspunkte konstruktiver Einheitlichkeit dies sogar wünschenswert erscheinen ließen.[1] Der Vorschlag, den Eigentumsvorbehalt dennoch einstweilen beizubehalten, beruhte im wesentlichen auf der Überlegung, daß die beim Vorbehaltskäufer aufgrund der Strafdrohung wegen Unterschlagung vorhandene stärkere psychologische Barriere gegen unberechtigte Verfügung den Bedürfnissen des Gläubigerschutzes besser gerecht werde. Weiterhin meinte man, daß der Eigentümer selbst entscheiden können müsse, unter welchen Bedingungen er seine eigene Sache aus seinem Eigentumskreis entlassen wolle. Die Einzelheiten der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung beinhalteten allerdings einen verstärkt pfandrechtsartig ausgebauten Eigentumsvorbehalt.[2] Damit war dem Grundgedanken Rechnung getragen, daß die Umwandlung des Eigentumsvorbehalts in ein Vertragspfandrecht rechtlich wie wirtschaftlich die angemessene Lösung darstellte.

In der Diskussion[3] um die Vorschläge der Akademie für Deutsches Recht setzte sich vor allem W i e a c k e r [4] dafür ein, auch den Eigentumsvorbehalt in die Form einer privilegierten Mobiliarhypothek zu kleiden. Ausgangspunkt seiner Überlegungen war die für das geltende Recht festzustellende weitgehende pfandrechtliche Zweckbindung des Vorbehaltseigentums.[5] Wieacker hielt daher schon die Rechtsprechung

---

1) Vgl. Lehmann, S. 35 ff.

2) So z.B. bei der Vorbehaltsfortsetzung an Ersatzwerten, die in ein Pfandrecht umgedeutet wurde, bei der Einführung einer Registerpflicht für Gewerbetreibende; bei der Bestimmung des Übergangs des Vorbehaltseigentums bei der abgetretenen Forderung aus dem Kaufvertrag; bei der teilweisen Beschränkung der Rechte des Vorbehaltsverkäufers auf die eines Pfandrechtsgläubigers im Falle der Zwangsvollstreckung, vgl. hierzu im einzelnen Lehmann, S. 56 ff und Entwurf §§ 21, 22, 23, 25.

3) Vgl. hierzu Schwister JW 1938, S. 1689; ZAKDR 1938, S. 338 und S. 37o ff; Schwartz ZAKDR 1938, S. 415; Wieacker ZAKDR 1938, S. 59o; Lehmann ZAKDR 1939, S. 228 und S. 161; Schütz, Die Umwandlung des Eigentumsvorbehalts in ein Pfandrecht, Diss. 194o.

4) ZAKDR 1938, S. 59o.

5) Vgl. ZAKDR 1938, S. 592.

für befugt, unbeschadet ihrer Gesetzestreue dem Gedanken des Vorbehaltspfands in der Rechtsfortbildung zum Durchbruch zu verhelfen[1] und stellte fest, daß auch eine gesetzliche Neuregelung in rechtstechnischer Hinsicht diesem Gedanken Rechnung tragen müsse.[2] Gleichzeitig betonte er jedoch, daß die Argumente für und gegen die Einführung der Mobiliarhypothek vornehmlich auf kreditpolitischem Gebiet zu suchen waren. Die Weiterentwicklung des Eigentumsvorbehalts zum vielfach schon stereotyp und formularmäßig vereinbarten Kontokorrent- und Konzernvorbehalt hatte die Grenzen volkswirtschaftlich vertretbarer Konsum- und Absatzfinanzierungsformen sichtbar werden lassen. Bei dem Konkurrenzproblem zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung zeichneten sich ähnliche Gefahren ab wie bei den früheren Generalhypotheken. Überlegungen dieser Art sollten daher den Kern der Reformdiskussion ausmachen.[3]

Die Vorschläge der Akademie für Deutsches Recht zu einer Reform des Sachkredits ohne Besitz blieben nach einem ablehnenden Gutachten der Reichswirtschaftskammer[4], das das Wirtschaftsministerium zur Reformfrage angefordert hatte, ohne Ergebnis. In den vorausgegangenen Beratungen mit den Spitzenverbänden von Industrie, Handel, Handwerk und Banken war vor allem zum Ausdruck gekommen, daß die der "Gesamtführung" unterstellte Organisation der Wirtschaft im Wege wirtschaftlicher "Selbstverwaltung" veranlaßt werden könne und müsse, die erweiterten Eigentumsvorbehalte aus der Wirt-

---

1) Vgl. a..O.; übereinstimmend, wenn auch von einem anderen Ausgangspunkt Blomeyer, Studien, S. 166 ff; vgl. oben S. 122 Fußn. 5 .

2) Vgl. a.a.O., S.593 f; ebenso Schütz, S. 14o ff und in neuerer Zeit Paulus JZ 1957, S.44, Fußn.17, der eine erneute Überprüfung der Fragen auf der Basis der Feststellungen Wieackers vorschlägt.

3) Vgl. Wieacker, a.a.O., S.594.

4) Vgl. Die Reichswirtschaftskammer zur Reform des Kreditsicherungsrechts, Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger 1938 Nr. 92, S. 3.

schaftspraxis zu entfernen.[1] Mit dieser Lösung war jedoch einer der wichtigsten Gründe für ein Einschreiten des Gesetzgebers beseitigt. Damit blieben gleichzeitig auch die Bestrebungen stecken, die auf eine Veränderung des Instrumentariums der Privatrechtsordnung zur Sicherung des Sachkredits ohne Besitz abzielten.

In neuerer Zeit hat sich der 41. Deutsche Juristentag im Jahre 1955 noch einmal mit dem Reformproblem befaßt.[2] Auch hier stand das kreditpolitische Moment zusammenhängend mit den Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts im Vordergrund. Herausgehoben wurde zwar die bestehende Unvollkommenheit im System des geltenden Kreditsicherungsrechts. Zu der Empfehlung einer gesetzlichen Neuregelung kam man jedoch nicht, vor allem aus der Überlegung, daß es an Untersuchungen über die Auswirkungen einer Reform fehle. Weiterhin vermißte man eine ausreichende Absicherung in rechtsvergleichender und wirtschaftswissenschaftlicher Hinsicht. Mit dem Vorschlag zu einer umfassenden Prüfung der wirtschaftlichen Grundlagen[3] wurde jedoch die Notwendigkeit bejaht, die Arbeiten zur Reform des Rechtssystems der Kreditsicherung fortzusetzen.

---

1) Vgl. die Stellungnahme der Reichswirtschaftskammer a.a.O.; ebenso Schwartz ZAKDR 1938, S. 415; hiergegen Lehmann ZAKDR 1939, S. 228 ff und S. 261 ff; zur Einschränkung erweiterter Eigentumsvorbehalte durch die Rechtsprechung vgl. RGZ 155, S. 26 ff. Vgl. andererseits die Anerkennung der Wirksamkeit von verlängerten Eigentumsvorbehalten aufgrund allgemeiner Geschäftsbedingungen und die damit verbundene Aufgabe der früheren Rechtsprechung in BGHZ 7, S.365 ff.

2) Vgl. Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages Bd. 2, Buchst. F, Referat Westermann und Diskussionsbeiträge.

3) Vgl. Verhandlungen a.a.O., F 81.

## § 15 Zusammenfassung und Ergebnis

Eigentumsvorbehaltskauf und Vorbehaltskäuferanwartschaft verdanken ihre Entwicklung einer engen Wechselbeziehung zwischen dem Instrumentarium der Privatrechtsordnung und den Interessen der Wirtschafts- und Geschäftspraxis. Dies zeigte sich schon bei der Ausbildung des pactum reservati dominii als Vorläufer des modernen Eigentumsvorbehaltskaufs nach der Rezeption des römischen Rechts. Hier war zuerst vornehmlich bei Grundstückskaufverträgen das wirtschaftliche Bedürfnis erkennbar, dem Verkäufer für eine noch nicht erfüllte Kaufpreisforderung Sicherheit durch ein Recht am Kaufgegenstand selbst zu verschaffen. Angesicht dieser Interessenlage beruhte die Praxis des pactum reservati dominii auf den Mängeln des rezipierten römischen Pfandrechtssystems, das - obwohl es eine pfandrechtliche Sicherung ohne Besitz kannte - bei seiner Fülle von privilegierten General- und Spezialpfandrechten zum Ausbau eines stärker wirkenden Sachkreditsicherungsmittels nötigte. Die so gegenüber dem Verkehrsbedürfnis entstandene Lücke des Kreditsicherungsrechts schloß die Geschäftspraxis durch das pactum reservati dominii. Erst durch die partikularrechtliche Hypothekengesetzgebung des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts entfiel das Bedürfnis nach einer eigentumsvorbehaltsähnlichen Sicherung bei Grundstücksveräußerungen. Die Restkaufgeldhypothek auf der Grundlage der Prinzipien von Spezialität und Publizität des Grundpfandrechts wurde den Ansprüchen der Verkäufersicherung in hinreichender Weise gerecht.

Die Ausbildung des Eigentumsvorbehalts beim Kauf beweglicher Sachen in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts zeigt in ähnlicher Weise wie die Geschichte des pactum reservati dominii die Bedürfnisse des Verkehrs nach einem wirksamen Sachkreditsicherungsmittel ohne Besitz. Auch hier gaben Unvollkommenheiten der Pfandrechtsordnung den Anstoß.

Das zumeist gleichzeitig mit den partikularrechtlichen Hypothekengesetzen neugeregelte Mobiliarpfandrecht bot keine entsprechende Sicherungsmöglichkeit, da man hier zur Gewährleistung der Publizität auf das deutschrechtliche Faustpfandprinzip zurückgegriffen hatte. Zur schnellen Verbreitung des Eigentumsvorbehaltskaufs als Ersatz für eine nicht zugelassene Mobiliarhypothek trug wesentlich mit bei, daß die rechtliche Problematik und Handhabung eines eigentumsvorbehaltsähnlichen Sicherungsmittels durch die Praxis des pactum reservati dominii in Verbindung mit Grundstückskaufverträgen noch hinreichend bekannt war. Anders als die partikularrechtliche Hypothekengesetzgebung zog der Gesetzgeber des BGB jedoch aus der ihm ersichtlichen Geschäftspraxis beim Eigentumsvorbehaltskauf nicht die Konsequenz, auch das Mobiliarpfandrechtssystem zu reformieren. Er übernahm vielmehr das überkommene Faustpfandprinzip und sanktionierte andererseits den Eigentumsvorbehaltskauf durch § 455 BGB und die Zulassung bedingter Eigentumsübertragungen zu Sicherungszwecken.

Während bis zum Inkrafttreten des BGB das Sicherungsinteresse des Verkäufers bei der Behandlung des Eigentumsvorbehaltskaufs im Vordergrund gestanden hatte, waren es in der Folgezeit vornehmlich die Interessen der Gläubiger des Vorbehaltskäufers, die den Prozeß zur Verselbständigung der Rechtsposition des Vorbehaltskäufers in Gang brachten. Der Versuch, die Vorbehaltskäuferstellung als rechtlich selbständigen Vermögenswert zu erfassen und in ein verkehrsfähiges Recht zu kleiden, wurde durch die theoretischen Ergebnisse der gemeinrechtlichen Bedingungslehre wesentlich erleichtert. Diese hatte bereits für den Bereich bedingter Rechtsgeschäfte ein Anwartschaftsrecht als Folge der Schwebewirkungen der Sache nach anerkannt. Ebenso wie der gemeinrechtlichen Bedingungslehre hatte es jedoch dem BGB-Gesetzgeber an einem Überblick über die praktischen Auswirkungen gefehlt, die eine rechtliche Verselbständigung der Rechtsposition des unter einer Bedingung Berechtigten mit sich brachte. Daher begnügte sich das Gesetz mit der Normierung von Schwebewirkungen, ohne diese unter einem neuen

Rechtsbegriff zusammenzufassen und in eine Regelung über ihre rechtliche Behandlung einzubeziehen. Erst ein allgemeinerer Ausgangspunkt als der der Bedingungslehre brachte durch Analysen der Fälle sukzessiver Tatbestandserfüllung für die Entwicklung des Rechtsbegriffs der Anwartschaft die notwendige breite Basis. Auf dieser theoretischen Grundlage, die insbesondere eine Anwendung des Teilungsgedankens nahelegte, konnte sich auch die Verfestigung der Vorbehaltskäuferstellung zum Anwartschaftsrecht vollziehen. Im Vordergrund des praktischen Interesses stand bei diesem Prozeß die Funktion der Vorbehaltskäuferstellung als Haftungsobjekt in der Zwangsvollstreckung und als Objekt des Rechtsverkehrs mit der Verwendbarkeit als Kreditunterlage. In ihren Einzelheiten zeigten die Ergebnisse der Rechtsfortbildung dabei vielfach bei der Vorbehaltskäuferposition die wirtschaftliche Annäherung an eine Eigentümerstellung und dementsprechend beim Vorbehaltseigentum die Zurückentwicklung auf ein Pfandrecht.

Ein Fazit aus den Ergebnissen dieser Untersuchung müßte zu dem Punkt kommen, an dem die Bestrebungen zur Reform des Rechts der Sachkreditsicherung ohne Besitz begonnen haben. Denn auch eine Bestandsaufnahme aus historischer Sicht legt den Reformgedanken nahe. Ein häufigeres Vorkommen des Sachkredits in der Geschäftspraxis hat den Verkehr immer vor das Problem gestellt, die Frage der Kreditsicherung zu bewältigen. Hierbei erwies sich die Pfandrechtsordnung stets als unvollkommen, so daß das als umfassendes Herrschaftsrecht konzipierte Eigentum zusätzliche Sicherungsfunktionen übernehmen mußte, während das als Sicherungsrecht zugeschnittene Pfandrecht ungenutzt blieb. Hierdurch ist im Bereich des Mobiliarsachenrechts die Durchbrechung des Faustpfandprinzips praktisch vollzogen. Mit der Sanktionierung dieser Durchbrechung stellt sich jedoch die Frage, ob das Faustpfandprinzip seine Berechtigung nicht in einer Weise eingebüßt hat, daß das Gesetz nicht mehr daran festhalten sollte. Die Einführung einer Mobiliarhypothek dürfte sicherlich zu einer Bereinigung im System des Kreditsicherungsrechts beitragen.

Zwar ist zuzugeben, daß schon die Rechtsfortbildung zum Eigentumsvorbehaltskauf und zur Vorbehaltskäuferanwartschaft in vielen Bereichen zu ähnlichen Ergebnissen geführt hat, wie sie auch die Einführung einer Mobiliarhypothek mit sich bringen würde. Der Preis hierfür war jedoch neben erheblichen dogmatischen Schwierigkeiten eine Rechtsunsicherheit über einen längeren Zeitraum, die auch heute noch nicht gänzlich überwunden ist. Mit einer Bereinigung des Systems durch Zulassung einer Mobiliarhypothek ließe sich daher ein Großteil des dogmatischen Ballasts abwerfen, der immer wieder die Begründung von Einzelergebnissen erschwert. In welcher Weise die Ausgestaltung einer Mobiliarhypothek im einzelnen zu erfolgen hätte, kann im Rahmen dieser Untersuchung, die nur die historischen Grundlagen zeigen wollte, unerörtert bleiben. Brauchbare Ausgangspunkte für eine Wiederbelebung der Reformdiskussion enthalten insoweit die Vorschläge der Akademie für Deutsches Recht.

## Lebenslauf

Als Sohn des Sparkassendirektors Dr. Bernhard Thiemann und seiner Ehefrau Hilde, geb. Kratz, wurde ich am 5.Juli 1943 in Münster geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Die Reifeprüfung bestand ich am 2. März 1962 am Gymnasium Paulinum in Münster. Anschließend studierte ich acht Semester Rechtswissenschaften, davon je zwei Semester an den Universitäten Münster und Freiburg i.Br. und dann vier Semester wiederum an der Universität Münster. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich am 8.Oktober 1966 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm ab. Nach Ableistung des juristischen Vorbereitungsdienstes bestand ich am 17. September 1970 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen die zweite juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. August 1971 bin ich Mitglied und seit dem 1.Januar 1974 Vorsitzender des Vorstandes der Kreissparkasse Meppen.